92-02482/

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence** (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 18, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury** (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board** (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants** (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution** (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies** (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law** (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law, Vol. I* (December 3, 1986)
31. *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30* (May 19, 1988)
32. *Our Criminal Procedure* (June 21, 1988)
33. *Recodifying Criminal Procedure, Volume One, Title I* (February 27, 1991)
34. *Aboriginal Peoples and Criminal Justice: Equality, Respect and the Search for Justice* (December 11, 1991)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences** (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer** (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects** (1984)
33. *Homicide** (1984)
34. *Investigative Tests** (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault** (1984)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest** (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)
45. *Secondary Liability — Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)

---

* Out of print. Available in many libraries.

47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda** (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law** (1986)
52. *Private Prosecutions** (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)
56. *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987)
57. *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention* (1988)
58. *Crimes against the Foetus* (1989)
59. *Toward a Unified Criminal Court* (1989)
60. *Plea Discussions and Agreements* (1989)
61. *Biomedical Experimentation Involving Human Subjects* (1989)
62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990)
63. *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts* (1991)

The Commission has also published over seventy study papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario, K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montreal, Quebec, H3B 2N2.

---

*Out of print. Available in many libraries.

IMMUNITY FROM PROSECUTION

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 64

IMMUNITY FROM PROSECUTION

1992

Canadian Cataloguing in Publication Data

Law Reform Commission of Canada

Immunity from prosecution

(Working paper; 64)
Text in English and French with French text on inverted pages. Title on added t.p.: L'immunité contre les poursuites. Includes bibliographical references.
ISBN 0-662-58710-3
DSS cat. no. J32-1/64-1992

1. Prosecution — Canada — Decision making. 2. Evidence, criminal — Canada. 3. Self-incrimination — Canada. 4. Criminal procedure — Canada. I. Title. II. Title: L'immunité contre les poursuites. III. Series: Working Paper (Law Reform Commission of Canada); no. 64.

KE9312.I55 1992 345.71'05042 C92-099531-4E

Available by mail free of charge from:
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street, 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montreal, Quebec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1992
Catalogue No. J32-1/64-1992
ISBN 0-662-58710-3

Notice

This working paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented in its report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street, 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Gilles Létourneau, President
Madam Justice Ellen Picard, Vice-President*
Mr. John Frecker, Commissioner
Professor Jacques Frémont, Commissioner**

Secretary

François Handfield, B.A., LL.L.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Principal Consultant

Marc E. Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Consultant

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

---

* was not a member of the Commission at the time this working paper was approved.

** was appointed to the Commission after the consultations in preparation for this working paper were held.

Editor's Note

In keeping with the proposal advanced in *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, we have conscientiously endeavoured to draft this working paper in gender-neutral language. In doing so, we have adhered to the standards and policies set forth in *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* pertaining to the drafting of laws, since the Commission's mandate is to make proposals for modernizing Canada's federal laws.

Table of Contents

ACKNOWLEDGEMENTS xiii

CHAPTER ONE: Introduction 1

CHAPTER TWO: Ethical Issues 11

I. The Commercialization of Justice 11

II. Secrecy 13

III. The Reduction of Effectiveness 15

IV. Compromise of Integrity — Ends and Means 15

V. Injustice and Inequality 17

A. Equality of Treatment 18

B. A Remedy for Every Wrong 19

C. A Fair Trial for All Defendants 20

VI. The Justifiability of Grants of Immunity 21

CHAPTER THREE: The Present Situation 23

I. The Authority to Provide Immunity 23

II. Public and Judicial Perceptions of Immunity 29

III. Judicial Supervision 31

IV. Disclosure 32

V. Evidentiary Implications 34

VI. The Enforcement of Immunity Agreements 39

CHAPTER FOUR: Our Reform Proposals 45

I. Immunity Agreement Defined 45

II. The Authority to Provide Immunity 47

III. Whether to Provide Immunity: Factors to Be Considered 51

IV. Conduct in Respect of Immunity Agreements 55

V. The Form and Contents of Immunity Agreements 58

VI. Prerequisites to the Use of an Immunized Person's Evidence 65

VII. The Enforcement of Immunity Agreements 66

VIII. The Exclusion of Evidence 69

IX. An Annual Report 69

SUMMARY OF RECOMMENDATIONS 73

Acknowledgements

We are indebted to all those individuals with whom we consulted during the preparation of this working paper. Members of our standing advisory panels, comprising representatives of the judiciary, the practising bar (both Crown and defence), law teachers and the police, regularly advise us on our work in development. We are truly grateful to them and hereby acknowledge their considerable influence on our work.

We also gratefully acknowledge the contribution of the Montreal Defence Lawyers Association, whose representatives at our consultations were President, Michel Massicotte, Vice-President, Isabel J. Schurman, and Consultant, Guy Cournoyer.

Finally, our thanks go to members of the Working Group on Certain Aspects of the Administration of Criminal Justice, set up by the Quebec Minister of Justice and Attorney General, and chaired by Mr. Justice Guy Guérin, a former Chief Justice of the Quebec Sessions of the Peace Court. We appreciate the group's exemplary co-operation and useful contributions in exchanging information on the difficult and contentious issues dealt with in this working paper.

The views expressed in this working paper are those of the Commission, and do not necessarily reflect those of Parliament, the Department of Justice or any of the individual consultants.

CHAPTER ONE

Introduction

In this working paper, we return to a subject that we alluded to briefly in Working Paper 60 on *Plea Discussions and Agreements*,[1] namely, agreements to confer immunity from prosecution. As in that working paper, we are concerned with the exercise of a particular prosecutorial power; we shall not, therefore, be dealing with non-discretionary forms of immunity from prosecution (such as Crown immunity,[2] consular and diplomatic immunity[3] and so forth) that are premised on unrelated considerations.

As we suggested in Working Paper 60, we consider immunity agreements to be different in nature from plea agreements. We have defined a plea agreement as "any agreement by the accused to plead guilty in return for the prosecutor's agreeing to take or refrain from taking a particular course of action."[4] In the case of plea agreements, therefore, the consideration flowing from the accused is always a guilty plea and the consideration flowing from the prosecutor may vary.[5] With immunity agreements, on the other hand, it is the consideration flowing from the individual that may vary and the consideration flowing from the Crown that remains constant: instead of a guilty plea, it is evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit that the individual promises; the Crown, in one manner or another, always promises "immunity."

---

1. Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRC], *Plea Discussions and Agreements*, Working Paper 60 (Ottawa: The Commission, 1989) at 4.

2. On this subject, see, *e.g.*, *R.* v. *Sellers* (1985), 73 A.R. 274 (Q.B.); *Saskatchewan* v. *Fenwick*, [1983] 3 W.W.R. 153 (Sask. Q.B.); *R.* v. *Eldorado Nuclear Ltd.*; *R.* v. *Uranium Canada Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Canadian Broadcasting Corp.* v. *The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; *Freshwater Fish Marketing Corp.* v. *Duchominsky* (1982), 19 Man. R. (2d) 358 (C.A.); *Attorney General of Alberta* v. *Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; *R.* v. *Forest Protection Ltd.* (1979), 25 N.B.R. (2d) 513 (S.C.A.D.); *Attorney General of Que. and Keable* v. *Attorney General of Can.*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Canadian Broadcasting Corp.* v. *Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *R.* v. *Stradiotto* (1973), 11 C.C.C. (2d) 257 (Ont. C.A.); *Canadian Broadcasting Corp.* v. *Attorney-General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188; *R.* v. *Rhodes*, [1934] 1 D.L.R. 251 (Ont. S.C.); *R.* v. *Anderson*, [1930] 2 W.W.R. 595 (Man. C.A.); *R.* v. *McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226 (N.S.S.C.). See also, on the question of Crown immunity and related issues, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Freedom and Security under the Law*, Second Report, vol. 1 (Ottawa: Supply and Services, 1981) at 378-93 (Chair: D.C. McDonald) [hereinafter McDonald Commission].

3. On these subjects, see generally Sharon A. Williams and J.-G. Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (Toronto: Butterworths, 1981) at 149-59. See also James E. Hickey, Jr., and Anette Fisch, "The Case to Preserve Criminal Jurisdiction Immunity Accorded Foreign Diplomatic and Consular Personnel in the United States" (1990) 41 Hastings L.J. 351 at 358-62.

4. *Supra*, note 1 at 3-4, 40.

5. See the examples given in LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1 at 40.

Immunity agreements may, of course, be combined with plea agreements. In *R.* v. *Ertel*,[6] to take one fairly recent example, it had been agreed that two persons who had been charged along with the accused and who later became prosecution witnesses at his trial "would plead guilty and testify for the Crown"[7] and that "[t]he Crown, in return, would drop the importing charge against them . . . and recommend that they receive a six-month sentence on the trafficking charge . . . ."[8] In a situation such as this, it is difficult to tell what portion of the consideration that the Crown is providing is attributable to the accused's assistance (in this case, testimony), and what portion is attributable to the accused's guilty plea. Rather than attempt to separate what is often an indivisible "package," therefore, we shall be treating all non-prosecution agreements made "*either wholly or partially* in return for the provision of evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit"[9] as immunity agreements for the purposes of our recommendations in this working paper.

Immunity agreements must be distinguished from agreements in which the consideration flowing from the accused (or part of it) is evidence or information but the consideration flowing from the prosecutor relates to a matter other than the accused's exposure to criminal charges. Most commonly, such agreements relate to the influence the accused's co-operation might be expected to have on the matter of sentence. (An example of this type of arrangement is suggested in the case of *R.* v. *Stone*.[10] There, according to Graham J., the accused had been "promised by the prosecution, that if she gave information . . . and pleaded guilty, the minimum fine of $50 would be imposed upon her."[11]) Although these agreements are sometimes described as an incomplete form of immunity,[12] the degree to which their effectiveness depends on the courts, rather than on the powers of the prosecutor, makes them qualitatively different.

---

6. (1987) 35 C.C.C. (3d) 398 (Ont. C.A.).

7. *Ibid.* at 403, Lacourcière J.A.

8. *Ibid.*

9. See rec. 1 at 45, below (emphasis added).

10. (1932) 58 C.C.C. 262 (N.S.S.C.).

11. *Ibid.* at 267. The nature of any agreement in this case, however, is not entirely clear. According to Mellish J., *ibid.* at 266, there was "some evidence of bargaining with [the accused] and the prosecution as to the punishment she should receive . . . ." According to Chisholm C.J., however, *ibid.* at 264, "[i]t . . . appeared from the evidence that there was some negotiation between the defendant and the customs officers for a small fine to follow the plea of *guilty*." Paton J. said, *ibid.* at 268: "[C]ounsel for the Crown admits there was some sort of a bargain which he says the accused did not carry out and consequently the prosecution asked for the maximum fine . . . ."

12. See A.T.H. Smith, "Immunity from Prosecution" (1983) 42 Cambridge L.J. 299 at 319-21.

In this working paper, we are primarily concerned with immunity from *prosecution*, as opposed to more limited forms of witness immunity.[13] The granting of full immunity appears to be related to the former English practice (originating with the practice of "approvement") of offering pardons to accomplices, and thereby allowing them to avoid being indicted for offences in respect of which their testimony was sought.[14] It may be regarded as being part and parcel of "the power to decide whether or not to charge an accused and what charge or charges to lay."[15] As Graburn Co. Ct J. explained in *R.* v. *Betesh*:

> It is clear that the Attorney-General in addition to prosecuting someone, has the right to select on what charges that person shall be prosecuted. He has the further right to decide to terminate a prosecution once begun, and the concurrent or analogous right to decide not to prosecute a person at all for offences that that person has allegedly committed.[16]

---

13. See 18 U.S.C. §§ 6001-6005 (Supp. 1991). See the interesting case of *Re Allman and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 146 (B.C. Co. Ct), which involved commission evidence taken in the United States. According to MacKinnon Co. Ct J. at 147-48:

> At the first hearing in Los Angeles the witnesses refused to answer questions invoking their privilege pursuant to the Fifth Amendment against self-incrimination. Attorneys for the United States of America applied for immunity pursuant to provisions of the United States *Code*. . . . In support of the application counsel for the Attorney-General of British Columbia and counsel for the Attorney-General of Canada filed a memorandum granting the witness immunity from prosecution arising from the use of any compelled testimony. Judge Real ordered the witnesses to answer the questions without raising the privilege against self-incrimination.

14. Smith, *supra*, note 12 at 303, citing *Rudd* (1755), 1 Leach 115; 168 E.R. 160. See also Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, vol. 2 [*The Clash Between Private Initiative and Public Interest in the Enforcement of the Law*] (London: Stevens, 1956) at 53 (cited by Smith, *supra*, note 12 at 303 n. 17). Although providing an anticipatory pardon for this purpose may apparently still be possible in English law (see Smith, *supra*, note 12 at 303, citing *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 8 at 606), in practice it appears that immunity is no longer conferred by the giving of anticipatory pardons: see Smith, *supra*, note 12 at 303; John Ll. J. Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (London: Sweet & Maxwell, 1984) at 474. Item XII of the 1947 *Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada*, R.S.C. 1985, Appendices, Appendix II: Constitutional Acts and Documents, No. 31, authorizes the Governor General, "when any crime or offence against the laws of Canada has been committed for which the offender may be tried thereunder, to grand a pardon to any accomplice, in such crime or offence, who shall give such information as shall lead to the conviction of the principal offender, or of any one of such offenders if more than one . . . ." It goes on, among other things, to authorize the granting of free or conditional pardons "to any offender convicted of any such crime or offence in any Court, or before any Judge, Justice, or Magistrate, administering the laws of Canada . . . ." Subsection 749(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dealing with pardons, provides only that "[t]he Governor in Council may grant a free pardon or a conditional pardon to any person who has been convicted of an offence." In *R.* v. *Betesh* (1975), 30 C.C.C. (2d) 233 (Ont. Co. Ct), where the prosecutor argued, at 244-45, that "to proscribe this prosecution . . . the federal Attorney-General would either have to enter a *nolle prosequi* or seek a pardon through the Governor-General in Council by virtue of the appropriate provisions of the *Criminal Code*," Graburn Co. Ct J. responded, at 245, that "a pardon is available only following a conviction," and that "[n]o conviction has been registered against Betesh in respect of the offence in question."

15. *R.* v. *Naraindeen* (1990), 75 O.R. (2d) 120 at 127 (C.A.), Morden A.C.J.O. (This case did not involve the subject of immunity.) For examples of "high profile" cases involving the exercise of discretion not to prosecute (and not involving immunity agreements), see LRC, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*, Working Paper 62 (Ottawa: The Commission, 1990) at 72, 80 n. 303. For an overview of prosecutorial powers and a discussion of immunity within this context, see Philip C. Stenning, *Appearing for the Crown: A Legal and Historical Review of Criminal Prosecutorial Authority in Canada* (Cowansville, Que.: Brown Legal Publications, 1986) at 243-45.

16. *Supra*, note 14 at 243.

Granting immunity is more, however, than the mere exercise of the prosecutorial discretion described by Graburn Co. Ct J.; it is the promise (itself discretionary) to exercise that discretion in a particular way.

Immunity from prosecution is different from those narrower forms of protection that are concerned only with the evidentiary consequences of a witness's testimony. "Use" immunity, of particular significance in those jurisdictions that retain the right of witnesses to refuse to answer potentially incriminating questions, is essentially no more than a guarantee that the self-incriminating statements of a witness will not be used in subsequent proceedings against that witness. In Canada, as Wilson J. of the Supreme Court of Canada[17] pointed out recently, similar ground is covered *inter alia* by section 5 of the *Canada Evidence Act*.[18]

If a person is statutorily required to give evidence that might incriminate him or her, it is arguable that something more than mere "use" immunity — possibly absolute immunity from future prosecution — is mandated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[19] The argument that an abridgement of the privilege against self-incrimination should be accompanied by the availability of at least "use and derivative use" immunity is

---

17. *Thomson Newspapers Ltd.* v. *Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425 at 476. See also *Starr* v. *Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366 at 1442, where L'Heureux-Dubé J. referred to s. 5 of the *Canada Evidence Act*, *infra*, note 18, as a "use-immunity provision[ ]."

18. R.S.C. 1985, c. C-5. See Ed Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979) at 399 n. 171 on this point. Subsection 5(1) of the *Canada Evidence Act* provides that "[n]o witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person." Subsection 5(2) further states that:

> Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

19. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. In *Counselman* v. *Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892), a United States Supreme Court decision dealing with the Fifth Amendment protection against self-incrimination, it was held, at 586, that "a statutory enactment, to be valid, must afford absolute immunity against future prosecution for the offence to which the question relates." More recently, however, the United States Supreme Court has retreated from this position. In *Kastigar* v. *United States*, 406 U.S. 441 (1972), it was held that while "use and derivative use" immunity (*i.e.*, protection against use of both the self-incriminating testimony and evidence derived therefrom) was mandated by the Fifth Amendment privilege, "transactional" immunity (*i.e.*, the type of immunity required in *Counselman* v. *Hitchcock*) was not.

supportable by the reasoning in various English and Commonwealth cases.[20] It has also received some support in Canada, notably in the judgment of Wilson J. in the *Thomson Newspapers* case.[21]

It is not necessary, for our present purposes, to express an opinion as to whether anything more than simple "use" immunity should be provided in situations where potentially self-incriminating evidence may be compelled by statute. Suffice it to say that we do not consider "transactional" immunity to be required by "the principles of fundamental justice."[22] Notwithstanding our views on this score, however, we regard the Crown's ability to offer "use and derivative use" immunity or full immunity from prosecution as a prosecutorial tool of obvious utility. Section 5 of the *Canada Evidence Act*, after all, does nothing to *obtain witnesses* — that is, to entice them to come forward; it applies only to those who have already *become* witnesses,[23] and provides no immunity whatsoever in respect of offences unrelated to the testimony. Moreover, the limited immunity it does provide (even when combined with the laws relating to contempt, obstruction of justice, perjury and so forth) may fall short of the incentive required by some witnesses to provide evidence that is potentially self-incriminatory. As well, of course, section 5 cannot compel an individual to provide non-testimonial assistance, such as information or undercover co-operation.[24]

The practice of immunizing criminal wrongdoers from prosecution raises ethical and philosophical questions as well as legal ones. Not surprisingly, it has been criticized on a number of grounds. Some, for example, have argued that it is not a fair practice.[25] As

---

20. In *Rank Film Distributors Ltd.* v. *Video Information Centre*, [1982] A.C. 380, cited in *Sorby* v. *Commonwealth of Australia* (1983), 57 A.L.J.R. 248 at 253 (H.C.), a civil case decided by the House of Lords, Lord Wilberforce pointed out, at 443, that "whatever direct use may or may not be made of information given, or material disclosed, under the compulsory process of the court, it must not be overlooked that, quite apart from that, its provision or disclosure may set in train a process which may lead to incrimination or may lead to the discovery of real evidence of an incriminating character." According to His Lordship, at 443: "The party from whom disclosure is asked is entitled, on established law, to be protected from these consequences."

21. *Supra*, note 17. Wilson J., supported by Sopinka J. on this point, accepted that the statutory compulsion of potentially self-incriminating testimony required that more than mere "use" immunity be guaranteed. Wilson J., although joined by Sopinka J., was not supported by the other judges in the *Thomson Newspapers* case. Lamer J. did not believe it necessary to decide the point, while La Forest and L'Heureux-Dubé JJ., who wrote separate opinions, agreed that the protection afforded by s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* was adequate for the purposes of *Charter* s. 7.

22. See *Charter* s. 7, *infra*, note 47. For the meaning of "transactional" immunity and "use and derivative use" immunity, see *supra*, note 19.

23. See Marc L. Sherman, "Informal Immunity: Don't You Let That Deal Go Down" (1987-88) 21 Loy. L.A.L. Rev. 1 at 39, where this point is made in the context of American immunity legislation.

24. See *ibid.* at 38, 43, where once again this point is made in the context of American immunity legislation.

25. Paul Byrne, "Granting Immunity from Prosecution" in Ivan Potas, ed., *Prosecutorial Discretion*, Australian Institute of Criminology Seminar Proceedings, No. 6, 155 at 155, quoted in Ian Temby, "Immunity from Prosecution and the Provision of Witness Indemnities" (1985) 59 Aust. L.J. 501 at 510.

Professor Ed Ratushny has suggested, there are those who may see it as a manifestation of unequal treatment: one offender benefits so that another can be successfully prosecuted.[26] It may be argued that the disparate treatment resulting from immunity agreements runs counter to the principle of equality on which subsection 15(1) of the *Charter*[27] is based. (That subsection has been raised in the past by accused persons alleging "selective prosecution" through the operation of prosecutorial discretion.[28]) Without making any blanket pronouncements on this subject, we would caution against over-simplification. In our view, it is one thing to make discriminatory prosecutorial decisions based on the "personal characteristics of [an] individual or group"[29] or to prosecute selectively those in a "discrete and insular minority."[30] It is quite another thing, however, to exercise prosecutorial discretion[31] for valid purposes[32] and on the basis of rational criteria and distinctions. The legitimacy of prosecutorial discretion, notwithstanding that it results in "differential treatment,"[33] has been recognized by the Canadian courts in various contexts. In *Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos* v. *R.; Ramos* v. *R.*,[34] for example, the Ontario Court of Appeal noted that "where a hybrid offence is involved, two virtually identical cases may be treated differently if the Attorney General elects to proceed by indictment in one and by summary conviction in the other."[35] Dealing with section 15 of the *Charter*, however, the Court refused to subscribe to the notion that that provision necessarily

---

26. Ratushny, *supra*, note 18 at 400.

27. Subsection 15(1) provides that:

> Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. See *R.* v. *Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 49 C.C.C. (3d) 267 at 281-83 (Ont. C.A.). Differences in prosecutorial treatment have also been challenged without the invocation of s. 15(1): see *R.* v. *M.(G.G.)* (1991), 5 O.R. (3d) 328 (Prov. Div.), Karswick J.

29. *Andrews* v. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 at 174, McIntyre J.

30. *United States* v. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) at 152-53 n. 4, quoted in *Andrews*, *supra*, note 29 at 152, by Wilson J., speaking for Dickson C.J.C., L'Heureux-Dubé J. and herself, and at 183 by McIntyre J.

31. As we propose in recs 3 at 48 and 5 at 51-52, below.

32. See, however, *Lyons* v. *The Queen*, [1987] 2 S.C.R. 309, where La Forest J., with whom Dickson C.J.C. and Estey, McIntyre and Le Dain JJ. concurred, considered hypothetically, at 348, the situation of a "prosecutor . . . motivated by improper or arbitrary reasons," and *R.* v. *Beare*; *R.* v. *Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, where the Court likewise, at 411 *per* La Forest J., considered hypothetically "discretion . . . exercised for improper or arbitrary motives."

33. This expression is used *inter alia* in *R.* v. *Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1330, 1331, by Wilson J.

34. (1987) 56 C.R. (3d) 150.

35. *Ibid.* at 171.

"prohibits *any* distinction . . . ."[36] In *Lyons* v. *The Queen*,[37] the Supreme Court of Canada considered "whether the lack of uniformity in the treatment of dangerous persons that arises by virtue of the prosecutorial discretion to make an application under Part XXI [now Part XXIV of the *Criminal Code*] constitutes unconstitutional arbitrariness."[38] In disposing of this argument, La Forest J.[39] referred to "the fact that prosecutors always have a discretion in prosecuting criminals to the full extent of the law . . . ."[40] In this general area, it seems that little has changed from the days of *Smythe* v. *The Queen*[41] where the following observations were endorsed:

> I cannot conceive of a system of enforcing the law where someone in authority is not called upon to decide whether or not a person should be prosecuted for an alleged offence. Inevitably there will be cases where one man is prosecuted while another man, perhaps equally guilty, goes free.[42]

There are other arguments against immunity agreements, of course. Current arrangements for providing immunity, in some jurisdictions, have been criticized, for example, for their lack of certainty and their potential for secrecy.[43] Excessive use of immunity agreements, it has also been said, may threaten the rule of law.[44] The contention here is that those who have valuable information (and who are therefore potentially "immune") may feel emboldened to commit new offences.[45] Conversely, it has been feared, resort to immunity agreements may threaten the quality of evidence, and therefore the accuracy of criminal trials, by providing an inducement for criminals to fabricate evidence against

---

36. *Ibid.* See also *Re Koleff and The Queen* (1987), 33 C.C.C. (3d) 460 at 464 (Man. Q.B.), where it was said: "Every time any decision is made by any Crown-Attorney or agent of the Crown there exists the possibility of unequal treatment either in the charge that is formulated or the processes that are adopted through the trial process. Such inequalities are implicit in the process and do not constitute discrimination."

37. *Supra*, note 32.

38. *Ibid.* at 347, La Forest J.

39. With whom Dickson C.J.C. and Estey, McIntyre and Le Dain JJ. concurred. Wilson J., who wrote a separate judgment, agreed with La Forest J. on the question of whether *Charter* s. 9 had been infringed in this case.

40. *Lyons*, *supra*, note 32 at 348. See also *Beare*, *supra*, note 32 at 410-11.

41. [1971] S.C.R. 680.

42. *Ibid.* at 686, quoting Montgomery J.A. in *R.* v. *Court of Sessions of the Peace, Ex Parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244 at 248 (Que. Q.B.). See also *R.* v. *Miles of Music Ltd.* (1989), 69 C.R. (3d) 361 at 387 (Ont. C.A.), where Krever J.A. stated for the majority: "It cannot be a defence to a speeding driver that the police did not prosecute all drivers who were speeding on the same highway at the same time."

43. Byrne, *supra*, note 25 at 155, quoted by Temby, *supra*, note 25 at 510.

44. Smith, *supra*, note 12 at 300, citing Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (1977) 93 Law Q. Rev. 195 at 201.

45. *Ibid.*

others.[46] It could even be contended, we have no doubt, that a conviction resulting from the testimony of an immunized witness would be contrary to section 7 of the *Charter*.[47] Although we offer no prediction as to the success of such an argument, we would consider it regrettable if section 7 were used to prohibit the Crown from using the evidence of immunized witnesses generally and as a matter of principle. Clearly, as Professor David M. Paciocco has suggested,[48] there would be nothing essentially just about a conviction produced by perjury. We must ask ourselves, however, whether the practice of providing immunity ought to be prohibited simply because of the *risk* that some immunized witnesses will perjure themselves. In our opinion, it should not. It is one thing for a prosecutor to present evidence that he or she realizes (or ought to realize) is perjured.[49] However, it is quite another thing for a prosecutor, acting in good faith, to present evidence that is merely apt to be unreliable.[50] In cases pre-dating the *Charter*, as Professor Paciocco's discussion of this area indicates, unreliable evidence has been admitted in a variety of contexts.[51] Commonly, where factors affecting reliability are revealed, our courts have either assumed that triers of fact are capable of weighing Crown evidence that may be untrustworthy (and of according it the value it deserves), or have allowed them to act on it subject to certain corroboration prerequisites.[52] Provided that triers of fact are given the information necessary for them to appreciate any risk of unreliability,[53] therefore, we do not think that admitting the testimony of an immunized prosecution witness should be regarded as contrary to "the principles of fundamental justice"[54] *per se*.

---

46. In *People* v. *Brunner*, 32 Cal. App. 3d 908 (1973) at 913-14, quoted by Sherman, *supra*, note 23 at 46, it was said:

> [A] witness may be so influenced by his hopes and fears that he will promise to testify to anything desired by the prosecution in order to obtain a grant of immunity. Because the satisfaction of the prosecutor is the witness's . . . ticket to freedom, the prosecutor, by dangling the promise of immunity, can put the words he wishes into the witness's . . . mouth. This danger is especially grave when the witness knows he is expected to give particular testimony, absent which he will not receive the promised immunity.

See also *United States* v. *Kilpatrick*, 594 F. Supp. 1324 (D. Colo. 1984), rev'd, 821 F.2d 1456 (10th Cir. 1987), cited by Sherman, *ibid.* at 55.

47. *Charter* s. 7 states: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

48. See David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (Toronto: Carswell, 1987) at 336, 339, 382. As subsequent footnotes indicate, we have relied considerably on Professor Paciocco's text in arriving at and stating our position with regard to *Charter* s. 7. We hasten to note, however, that we do not know whether Professor Paciocco would necessarily agree with the specific conclusions we have reached.

49. This issue is discussed, in American and Canadian constitutional contexts, by Paciocco, *ibid.* at 338-39, 344-46, 379-83.

50. As to the general admissibility of unreliable evidence, in cases pre-dating the *Charter*, see Paciocco, *ibid.* at 359, 373.

51. See *ibid.* at 364-65.

52. This is also indicated in Professor Paciocco's discussion of pre-*Charter* cases. For a more detailed and precise analysis, see Paciocco, *ibid.* at 359-91.

53. As to the importance of the trier of fact's capacity to evaluate testimony, see Paciocco, *ibid.* at 359-75. In this connection, see rec. 13 and the commentary thereto at 65-66, below.

54. *Charter* s. 7.

The effect of these and other criticisms, which we will deal with at some length in chapter 2, is perhaps compounded by the sparsity of justification that has been articulated in our jurisprudence for the practice of providing immunity. This sparsity may, of course, be attributable to the fact that decisions in this area are made by prosecutors rather than by judges. In an analogous area of sentencing, where judges have been more involved, the mitigating effect of an offender's co-operation has been explained in some detail.[55]

We do not premise our acceptance of the morality of immunity on any notion that informing or providing evidence for the Crown is a manifestation of contrition or rehabilitation.[56] We are prepared, however, to recognize that the consideration flowing from an immunized offender (regardless of motivation) may, in exceptional cases, be sufficient to counterbalance any debt he or she is thought to owe society as a whole.[57] Nor do we consider it inherently immoral for the system to allow some guilty persons to go free; after all, our system of criminal justice, with its elaborate protections, has always been prepared to do just that in the interest of achieving a greater social benefit. Some inequality, an inevitable by-product of discretion, can be tolerated where larger concerns are at stake. Although we acknowledge that the widespread resort to immunity agreements could dilute whatever deterrent effect our criminal laws might have, we doubt that infrequent and carefully considered use of this option is likely to have significant negative social effects.[58]

---

55. The case of *R.* v. *Laroche* (1983), 6 C.C.C. (3d) 268 (Que. C.A.) may be used as an example. See also *R.* v. *Switlishoff* (1950), 9 C.R. 428 (B.C.C.A.); *R.* v. *Alfs* (1974), 17 C.L.Q. 247 (Ont. C.A.); *R.* v. *Twaddell* (18 February 1976), (B.C.C.A.), all cited in Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 3d ed. (Toronto: Butterworths, 1987) at 165 n. 191. In *Laroche*, *supra* at 270, *per* Montgomery J.A., the offender "not only admitted his own participation in a series of crimes; he informed the police of the names of his accomplices, some of whom were older and more experienced as criminals, and he gave testimony that led to the conviction of several of them." In supporting his conclusion, at 269, that it was "desirable to display unusual clemency in the case of this young man" and that a custodial sentence "would be contrary to the public interest," Montgomery J.A. said in part, at 270:

> Honour among thieves may appear noble to some, but if it be a virtue it is not one that the police and courts can afford to encourage. Respondent has performed a service to society which may not be without risk to himself. At the very least, it is unlikely that he would henceforth be trusted in criminal circles, and this is in itself some indication that he does not intend in the future to frequent such circles. I can imagine no stronger evidence of a desire to give a new direction to the life of a criminal that the denunciation of his associates, followed by their conviction. With his record of co-operation with the authorities, it is altogether likely that confinement in prison would be extremely unpleasant, if not dangerous, for respondent.

Paré J.A., at 271, added in part:

> [T]he information which he gave with respect to his accomplices will eliminate, or at least reduce, the possibility that he will be able to associate himself with other confederates in crime in the future. Regardless, it will have the effect of necessarily restricting the field of his criminal activities with others, by necessity if not by choice.

56. See Michael Davis, "Sentencing: Must Justice Be Even-Handed?" (1982) 1 Law and Philosophy 77 at 91.

57. *Ibid.* at 92.

58. See Michael Bayles, "Principles for Legal Procedure" (1986) 5 Law and Philosophy 33 at 45-46, where this argument is articulated with reference to the moral price that failure to convict a single guilty individual might have.

We do not deny that the discretion to enter into immunity agreements, like any other form of discretion, may be abused. Certainly, we would not wish to be taken as having endorsed the provision of immunity without reservation. The morality of each particular immunity agreement must surely depend, at least in part, on achieving the right balance. It may be acceptable, for example, to forego a minor prosecution in exchange for information that will save a hundred lives; but it can hardly be acceptable to forego prosecution of a mass murderer in exchange for information that will further a minor prosecution.

We share many of the worries that have been expressed concerning the process of providing immunity and we believe they constitute a cogent argument for regulating it. In particular, we are concerned with ensuring that the process conforms to certain ethical standards, and to the fundamental principles that we have embraced throughout our work in the area of criminal procedure.[59] We do not consider that the practice of providing immunity is inherently immoral or unethical, or that it needs to be abolished. Before embarking on our discussion of the legal issues, and before outlining our proposals for the regulation of immunity discussions and agreements, we shall explain in greater detail our position on the important ethical issues involved.

59. See LRC, *Our Criminal Procedure*, Report 32 (Ottawa: The Commission, 1988).

CHAPTER TWO

Ethical Issues

Granting immunity from prosecution, as we have said, raises issues not only of law but also of ethics. From an ethical standpoint, the practice seems open to several objections: like plea bargaining,[60] it may be argued, the practice commercializes the justice system by opening it up to trade,[61] stifles its openness by allowing secret arrangements behind closed doors,[62] reduces its effectiveness by exempting offenders from its reach,[63] compromises its integrity in the interest of expediency by letting ends justify means[64] and militates against its impartiality by refusing to treat like offenders alike.[65] Ethical discussion of the practice of granting immunity from prosecution, therefore, should focus on these five objections.

I. The Commercialization of Justice

Some analysts criticize grants of immunity as entailing trade in justice. In 1215, they would point out, King John declared in the *Magna Carta*: "To no one will we sell, to no one will we refuse or delay right or justice."[66] For justice requires decisions on the merits. It should not be, as we said in an earlier paper, and should not be seen to be, "something that can be purchased at the bargaining table."[67]

---

60. For reasons explained in LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1 at 3, the Commission preferred to abandon the expression "plea bargaining" with its negative connotation in favour of the more neutral expression "plea negotiation," "plea discussion" or "plea agreement," since the object of that process is not to give the accused a "bargain" but to reach a satisfactory agreement.

61. *Ibid.*

62. See chap. 1, above, and the sources cited therein.

63. *Ibid.*

64. The doctrine that the end justifies the means was advanced by Machiavelli in *The Prince*, chaps 15 and 18. See also John L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth: Penguin, 1977) at 159-68.

65. The central precept of justice is often formulated as "Treat like cases alike": H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon, 1961) at 155.

66. *Magna Carta* 1215, s. 40. In 1620, Lord Bacon, the Lord Chancellor of England, was impeached for accepting gifts from suitors. For this and other examples of removal from the bench for bribery, see Gerald L. Gall, *The Canadian Legal System*, 3d ed. (Toronto: Carswell, 1990) at 226-45.

67. LRC, *Criminal Procedure: Control of the Process*, Working Paper 15 (Ottawa: Information Canada, 1976) at 46. See also Gall, *supra*, note 66 at 192, for examples of judges removed from office for selling justice.

Yet do not grants of immunity, like plea agreements, involve bargaining for justice? In a plea agreement, the accused promises the Crown to plead guilty in return for the Crown's promise to confer some benefit in return, for example, to agree to a lesser sentence. In a grant of immunity, the Crown promises not to prosecute in return for the offender's promise to confer some benefit in return, such as giving testimony against another offender. In both cases, the outcome for the offender in question is determined not by his or her just deserts but rather by the deal struck between him or her and the Crown — a deal characterized by some critics as improper and degrading to our criminal justice system.[68]

But are such agreements really excluded by the principle against trading in justice? Excluded by that principle are agreements between one party and the judge and preventing the latter from being impartial as between both parties. Plea agreements and grants of immunity, however, are agreements between the parties, that is, between the prosecution and the defendant or potential defendant. Why are these open to objection?

In civil suits, agreements between the parties are totally acceptable. In such lawsuits the conduct of his or her case is entirely a matter for each party: if X sues Y for negligence, no one else can justifiably complain if X abandons the claim, if Y submits to judgment or if the parties settle the case between them. The parties to the suit, and only they, have full rights over the litigation.

Criminal suits are different. Crimes are not only private but also public wrongs, for they cause, as Bentham pointed out, not only primary but also secondary harm — primary harm to the individual victim in terms of bodily injury, loss of property and so forth, and secondary harm to the public in terms of general alarm and apprehension.[69] In criminal suits, therefore, the prosecutor acts less on behalf of the individual victim (who after all retains a right to sue civilly for harm suffered by him or her) than on behalf of the general public. Negotiations, then, between the prosecutor and defendant or potential defendant, whether plea agreements or grants of immunity from prosecution, are not just matters for the parties but matters of general concern and public interest.

Are plea agreements and grants of immunity ever in the public interest? Central to the public interest in a just society, it may be argued, is the pursuit of justice, and justice surely dictates that wrongdoing reap its just reward — come what may, crime must be

---

68. See LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1 at 6-7, for criticism of plea bargaining, and see chap. 1, above, and the sources cited therein.

69. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart (London: Athlone, 1970) chap. 12 at 143-57.

requited. Agreements between the state and the offender that prevent this clearly run counter to retributive justice and therefore to the public interest.[70]

Most people now, however, reject this type of retributivism and take a different view of the role of the criminal process.[71] Commission of a crime, they would argue, is a necessary but not sufficient condition for punishment. Moreover, punishment is not an end in itself but rather a means to a further end, namely, producing a society that is just, safe and fit to live in. To this end there are various means, one being a general reduction of crime and another being reconciliation between the offender, the victim and the public. Such reduction and such reconciliation may often best be fostered by plea agreements, grants of immunity and other negotiations between state authorities and offenders.

Neither plea agreements nor grants of immunity, therefore, need necessarily contravene the principle against trading in justice. Just as a civil plaintiff can legitimately waive his or her strict legal rights against a defendant, so a criminal prosecutor can legitimately waive the state's rights against an offender. The only difference is that while the civil plaintiff can act in his or her own interest and drop a claim in order to save money, time and trouble, the criminal prosecutor cannot act in his or her own interest — cannot drop a prosecution to shorten his or her case-load, for instance — but must act only in the public interest. Hence the need for openness and accountability to ensure that the prosecutor does so act.

II. Secrecy

Plea agreements and grants of immunity, however, may be objectionable on a second ground, namely, their secrecy. They may result from decisions taken in secret behind closed doors instead of in open court and full view of the public. In consequence and unknown to the public, justice may not be done. Alternatively, it may be done but will not be seen to be done. The public has no means of telling. Hence the objection to secrecy in such matters, the need for openness and the importance of the maxim: "[J]ustice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done."[72] Hence, too, the need for the sort of principles set out in Report 32, *Our Criminal Procedure*.[73]

---

70. This classic retributive theory, chiefly associated with Kant, regards criminal responsibility as not only a necessary but also a sufficient condition for punishment, which society is therefore obligated to impose.

> Even if a civil society resolved to dissolve itself with the consent of all its members — as might be supposed in the case of a people inhabiting an island resolving to separate and scatter themselves throughout the whole world — the last murderer lying in prison ought to be executed before the resolution was carried out. This ought to be done in order that every one may realize the desert of his deeds . . . .

Kant, *The Philosophy of Law*, translated by Hastie, 1887, at 194-98, cited by Paul C. Weiler, "The Reform of Punishment," in LRC, *Studies on Sentencing* (Ottawa: Information Canada, 1974) at 140.

71. Weiler, *supra*, note 70; see also LRC, *Our Criminal Law*, Report 3 (Ottawa: Information Canada, 1976).

72. *R.* v. *Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256 at 259, Hewart C.J.

73. *Supra*, note 59.

In *Our Criminal Procedure*, we discuss the principles that should underline criminal procedure in a fair and just society. That report in hindsight "represents a distillation of the Commission's distinctive approach to the reform of criminal procedure" and articulates the principles that "inform and are reflected in the rules of procedure that [the Commission has] devised."[74] They include the principles of accountability and participation.[75]

Accountability is the mechanism for ensuring that those in authority conform to standards of justice.[76] Given that discretion is essential in the administration of a system of justice, those with authority for its administration must be answerable for its use. Accountability serves to prevent abuse of state power.

Citizen participation in the process also prevents an abuse of state power. But citizens can only participate meaningfully and effectively in criminal proceedings of which they have knowledge and to which they have access. Public scrutiny of official behaviour is a democratic safeguard that can only be effectively employed where the process is an open one.[77] Openness, therefore, is a corollary of the principle of participation.

Openness is contravened, however, when without public awareness law in practice diverges from law laid down by Parliament. Suppose Parliament makes such-and-such an act a crime but those committing that act are not prosecuted because the authorities decide behind closed doors to grant them immunity from prosecution. As a result the public may be deceived, justice turned into a sham and a gap driven between "pure" and "living" law.[78]

In itself, however, this gap is unobjectionable. Resources being limited, no law enforcer can prosecute every offender coming to his or her notice. Prosecutorial discretion is an inescapable and, indeed, a welcome feature on the criminal justice landscape: inescapable for reasons of economics, welcome for reasons of practical morality — it allows play for the principle of restraint in criminal law.[79] It is not the gap between pure and living law that offends the principle of openness but rather its concealment — the hiding of the process. Concealment, however, can easily be excluded by regulations such as those suggested later in this paper.

---

74. *Ibid.* at 2.

75. *Ibid.* at 23.

76. *Ibid.* at 26.

77. *Ibid.* at 27.

78. The distinction was drawn by Eugen Ehrlich in *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (New York: Arno, 1974).

79. See LRC, Report 3, *supra*, note 71 at 19ff., and LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 25-26.

III. The Reduction of Effectiveness

Grants of immunity, like plea agreements, may be open to another objection. Even if made openly and without improper dealing, they may make justice ineffective. In general a decision, and in particular an undertaking, not to prosecute a known offender may run counter to another principle informing our criminal procedure — the principle of protection.

In our view, as set out both in *Our Criminal Law*[80] and in *Our Criminal Procedure*,[81] the ultimate concern of criminal law is the promotion and maintenance of a just, peaceful and safe society. Such a society must be informed by certain basic values, which, as we said in the first of those reports,[82] fall into two kinds: those that are essential to any society because without them social life would be impossible — for example, respect for life and non-violence; and those that, although not essential, are highly prized in a humane, decent society — for example, liberty and privacy. The contribution of the criminal law then is, through prosecution, trial and sentence, to reaffirm those basic values and denounce their violation.[83]

On the face of it, negotiations by way of plea agreements and grants of immunity prevent the criminal law from making that contribution. Typically, when a basic value is violated, its violation results in denunciation through criminal trial and conviction. If instead it results in an undertaking not to prosecute the violator if he or she in some way assists the Crown, then criminal law no longer seems to play its part.

As against this, the ultimate goal remains the promotion of a just and safe society. This goal may sometimes be best achieved not by prosecuting every known offender but by inducing some of them to assist law enforcement against the others. The public may be better protected against evils such as terrorism, espionage and drug trafficking by immunizing some offenders and thus securing the conviction of others than by charging all and failing to bring any to justice.

IV. Compromise of Integrity — Ends and Means

As observed earlier, some analysts view the practice of granting immunity from prosecution as an essential means to a legitimate end, that end being the successful prosecution of organized crime and certain other activities. On this view the decision not to prosecute a known offender and, even more so, an undertaking not to do so may be justified by this ultimate goal.

---

80. LRC, Report 3, *ibid.* at 7ff.

81. LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 27-28.

82. LRC, Report 3, *supra*, note 71 at 20ff.

83. *Ibid.* at 5ff.; LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 27.

But does the end always justify the means? Is it true "that any end which could be seen in itself as good would justify the use, to bring it about, of any means"[84] and is it always right to say: "To do a great right, do a little wrong"?[85] Or, on the contrary, must we say that out of evil good can never come and so hold absolutely that no end, however good, can justify a wrongful means?

Not even Machiavelli, it seems, held the first view.[86] Nor do most other supporters of the doctrine. Their view is rather "that any badness in the proposed means has to be balanced fairly against the expected goodness of the end, with no special weighting for either, but that it is possible even for a means which is in itself very bad to be outweighed and therefore 'justified' by a sufficiently good end."[87]

Conversely, few people would adopt the absolutist stance of holding that the end can never justify the means. On the contrary, most people nowadays believe that sometimes, if not always, an act otherwise wrongful may be justified as a means to a legitimate end. Both morally and legally, they believe, it would be right, for instance, to violate a highway traffic rule (for example, to drive a motor vehicle while disqualified from driving) in order to save life (for example, to take a seriously injured neighbour to hospital when there is no other means of transport). Both morally and legally, they would maintain that it is permissible, for example, for the captain of a sinking ship to jettison the cargo so as to keep the craft afloat and save the crew and passengers.[88] Within limits, as the doctrine of necessity recognizes, it is justifiable to choose the lesser of two evils.[89]

What are the limits to the end justifying the means? In our view, two conditions must be fulfilled. First, there must be no disproportion between the means and the end in question — saving human life may justify property destruction, but never vice versa. Second, there must be nothing intrinsically wrong in the means itself, — no end can justify an act wrongful in itself such as doing a deliberate injustice, as when one would intentionally punish a person known to be innocent of all wrongdoing.

Seen in this light, can immunity agreements be justified as a means to get information about the criminal activity of others, secure evidence against other offenders or in some other way advance the public good? First, is there any disproportion between the grant of immunity and the objective aimed at, such as the getting of information and so forth, or can the grant be justified by such factors as the greater criminality of the party actually prosecuted, the choice of the lesser of two evils or the general promotion of the wider public interest? Second, is there anything intrinsically wrongful — for example, in terms of fairness and justice — in the very grant of immunity from prosecution?

---

84. Mackie, *supra*, note 64 at 159.

85. Shakespeare, *Merchant of Venice*, Act IV, sc. i, line 215.

86. Mackie, *supra*, note 64 at 159.

87. *Ibid.*

88. See *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1341.

89. See Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1987) at 432ff., and Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2d ed. (London: Stevens, 1983) at 597ff.

First, then, the question of disproportion between means and end — between the grant of immunity and its objective. Suppose, for example, the objective is to get the party immunized to testify against another offender and secure his or her conviction. Here any disproportion will depend on the relative criminality of the two offenders. Securing evidence against, and thereby conviction of, a "major league" criminal may well warrant granting immunity to a minor offender but not vice versa. Ensuring a murderer's conviction, for example, may well warrant immunization of a mere accessory after the fact, but the accessory's conviction will not warrant immunization of the murderer.

In addition, there is the question of the wider social good. Suppose, for example, several parties are involved in an offence but cannot all be convicted: two people jointly commit a crime whose commission can only be proved by the evidence of either of them. The Crown can grant immunity to one, persuade him or her to give evidence against the other and so secure the conviction of that other. Alternatively it can, for lack of evidence, allow both to go scot-free. Faced with such a dilemma, can the Crown not rightly choose the lesser of two evils and prefer the conviction of one offender to the conviction of none?

V. Injustice and Inequality

The question of the morality of the means itself also needs to be considered. Is there intrinsic wrongfulness in not prosecuting a known offender — that is, the party immunized? Granted that it is unjust deliberately to prosecute someone known to be entirely innocent, is it likewise unjust deliberately to forego prosecuting someone known to be wholly guilty? And is it unjust to discriminate against one offender in favour of another — to prosecute one of them and not the other? This brings us to the last of the five objections stated above.

One of the principles highlighted in *Our Criminal Procedure* is that of fairness.[90] Procedures, we argued, should be fair and be perceived as such by those affected by them.[91] In this connection three aspects are particularly relevant: equality of treatment for all persons according to law; legal provision of a remedy for every wrong; and legal guarantee of fair trials for all defendants. How far is a decision not to prosecute a known offender compatible with these three aspects?

90. LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 23-24. The principle of fairness in this context overlaps partly with the principles of participation and protection.

91. *Ibid.* at 23.

A. Equality of Treatment

Justice, says H.L.A. Hart, is traditionally thought of as maintaining or restoring a balance or proportion, and its leading precept is often formulated as: "Treat like cases alike and different cases differently."[92] This is the precept of distributive justice: ensure a fair sharing of the benefits and burdens of society among its members.[93] Similar offenders, then, should be similarly prosecuted, convicted and punished. As we said in Report 32, fairness requires that procedures be egalitarian in treatment or application, individuals in similar circumstances should be treated similarly and no class of individuals should be above or beyond the law.[94]

Now this, it may be objected, is exactly what is violated by a grant of prosecutorial immunity. Whenever there is more than one party to a criminal offence, all of the offenders are criminally liable and all should in fairness and justice be subjected to like prosecution. To charge some and not others infringes the principle of treating like cases alike; in fact, it treats like cases differently and privileges some by setting them above the law.

But are the cases always actually alike? What if one offender is more involved in the crime or more culpable than the other? What if, though equally involved and culpable, one offender is more dangerous to society. Or what if, though equally involved, culpable and dangerous, he or she is more co-operative with the authorities?

Take first the difference in involvement or culpability. In our earlier discussion, we saw that such differences had a bearing on the proportion between means and end: securing conviction of a more culpable party can justify not prosecuting one less culpable. But they also bear on the question of justice and equality. Suppose, for example, one offender is a lowly minion of a criminal organization and the other is one of the bosses, one plays a minor role in the crime (keeps watch) and the other does the deed (say, the killing), one acts in fear of the organization and the other generates that fear. Legally such distinctions are of no account: the individual who keeps watch incurs the same liability as the actual committer — they are both parties to the same crime. Morally, however, there is a deal of difference between the mafia boss and the lowly minion, between the actual committer and the aider and abetter, between the wholly free agent and the agent acting under "duress." Morally, the latter merits more lenient treatment, and his or her obtaining this through a grant of immunity will not necessarily violate the principle of equality.

Take next the difference in social dangerousness. Suppose one offender is a contract killer and the others are local mafia bosses for whom the former is acting. Each of the latter taken singly may be less culpable than the former but taken together they may be a greater threat to community well-being. Here the Crown can grant immunity to the

---

92. Hart, *supra*, note 65 at 155.

93. The distinction between distributive and corrective justice, *i.e.*, between justice which maintains and justice which restores a balance, was drawn by Aristotle in his *Nichomachean Ethics*, Book 5.

94. LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 24.

contract killer, get that offender to testify against the mafia bosses and thus secure their conviction. Alternatively it can proceed solely against the former, forego the evidence against the latter and so leave them beyond the reach of the criminal justice system. In such a situation the greater social danger presented by the mafia bosses surely justifies a grant of immunity to their hireling.

Finally, the difference in co-operativeness. To return to an earlier example, suppose two people jointly and with equal involvement and culpability commit a crime whose commission can only be proved by the evidence of either of them. One, but not the other, is prepared to help the authorities and testify in return for a grant of immunity from prosecution. Such a grant cannot be faulted for inequity in view of the greater co-operativeness of the party immunized — an aspect in which the two offenders are obviously unalike.

What if, in such a case, both offenders are equally ready to help the Crown in return for a grant of immunity? Here nothing distinguishes them in terms of involvement, culpability or co-operativeness. Even so, they may still differ in terms of age, remorse or prospect of rehabilitation, and the Crown can still choose between them on justifiable grounds.

There remains the highly unusual (probably hypothetical) case where the parties are indistinguishable as regards involvement, culpability, dangerousness, co-operativeness and prospect of rehabilitation. The Crown must simply choose between convicting one or neither. Clearly, as far as concerns the public interest, conviction of one is better than conviction of neither — half a loaf is better than no bread. Equally clearly, the choice of which one to convict is, in a limited sense, arbitrary — there is simply nothing to choose between them. This being so, absent improper considerations such as one offender's connection to people in high places, in our view the grant of immunity to one offender rather than the other is justifiable on the ground of public interest. Such matters cannot be resolved by a race to the prosecutor's office. Looking at matters another way, we have little doubt that, if an accused who did not receive an equal benefit in terms of immunity raised a *Charter* challenge involving allegations of infringement of equality guarantees, this objection would not be sustained by Canadian courts.[95]

B. A Remedy for Every Wrong

Laws can be unjust not only by failing to maintain a balance but also by failing to restore it when that balance has been upset, by failing to provide remedies for injuries for which compensation is morally thought due.[96] "[F]airness," we said in Report 32, "demands remedial processes when rights are violated. . . . *Ubi jus, ibi remedium* — where

95. See *Ramos*, *supra*, note 34; see also the discussion in chap. 1, above.

96. Hart, *supra*, note 65 at 160.

there is a right, there is a remedy. . . . [W]here no remedy exists there is, realistically, no right. A major function of much procedural law is the provision of means for vindicating rights."[97]

On the face of it, the fairness principle is violated by grants of immunity from prosecution. An offender has by his or her wrongdoing upset the just balance of the *status quo* but is allowed to go free instead of paying the price for that wrongdoing. But is this not to remove the remedy for violation of the victim's right?

Further reflection raises two other matters for consideration. First, whether prosecuted or not, an offender who harms an individual victim is probably liable in tort to compensate that victim, who is in no way deprived of his or her private law remedy by the offender's immunity from prosecution. Second, the practice of bringing particular offenders to justice is less an end in itself than a means to a greater end, namely, the promotion of a just society. As we said earlier, this end may sometimes be better achieved — and the public better protected against such social evils as terrorism, espionage, drug trafficking — by immunizing some offenders and convicting others than by indiscriminately and unsuccessfully prosecuting all.

C. A Fair Trial for All Defendants

Fairness further requires justice not only in the laws themselves but also in their application. They must be applied to all persons impartially and objectively. Accordingly, both parties to a dispute — in criminal law the prosecutor and the defendant — are entitled to a fair trial. Hence such procedural standards as "*audi alteram partem*" (hear both sides), which are often referred to as principles of Natural Justice because they serve as guarantees of such impartiality and objectivity.[98]

Hearing both sides entails that each party is enabled fully to present its case. In a defendant's case, this means that he or she must have an opportunity of making a full and proper answer to the charge. To do this, the defendant must be fully informed of the prosecution's case against him or her and of its strengths and weaknesses. So, if a witness giving Crown evidence has been guaranteed immunity from prosecution, fairness entitles the defendant to be informed of this and to be thus able to probe the resulting credibility of the testimony of such a witness.

This said, however, there is no necessary bar to immunity agreements. Nothing in such agreements entails their concealment from the defendant. Indeed the practice should be regulated, as we suggest later in this paper, to obviate such concealment, to ensure full information to the defendant and to open the course of justice to public view.

---

97. LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 24. Be it noted also that the principle of protection requires criminal procedures to enhance the protection of society, the maintenance of its basic values and the safeguarding of its members' individual interests; and the principle of participation requires rules of procedure allowing meaningful participation to citizens in processes that affect them to prevent them from feeling shut out of the process — hence the importance of private prosecutions, victim-impact statements and public access to the criminal process: *ibid.* at 27.

98. Hart, *supra*, note 65 at 156.

VI. The Justifiability of Grants of Immunity

Our overall conclusion, therefore, is that ethically grants of immunity from prosecution can be defended against all of the objections discussed in this chapter. Made genuinely in the public interest, they do not involve commercialization and improper trading in justice. Made openly and subject to regulations ensuring such openness, they do not involve secrecy and improper concealment of the criminal justice process. Made for the ultimate goal of promoting a just and safe society, they do not necessarily reduce the effectiveness of the criminal justice system. Made for legitimate ends and without disproportion between means and end, they do not necessarily involve unprincipled expediency. And made in cases involving moral distinctions between those immunized and those prosecuted, they do not offend on grounds of injustice and inequality.

CHAPTER THREE

The Present Situation

Before outlining the rules that we propose for the regulation of immunity agreements, we should provide a rough picture of the present situation, including the current state of the law in this area.[99] Although it is difficult to assess the extent to which such agreements are utilized (in general, they are not widely publicized[100]) or to discern with confidence the legal rules that govern them in this country (comparatively few reported decisions deal with immunity agreements otherwise than incidentally[101]), it is possible at least to state some general propositions. Those propositions relate, essentially, to six basic issues: the authority to provide immunity; public and judicial perceptions of immunity; judicial supervision; disclosure; the evidentiary implications of immunity agreements; and enforcement. Other issues, which remain largely untouched by Canadian jurisprudence (and with which we shall be dealing later in this working paper), relate to such matters as the factors determining whether immunity should be provided, conduct in concluding immunity agreements, contents of immunity agreements and so on.

I. The Authority to Provide Immunity

Despite the *Criminal Code*'s silence on the subject,[102] the Attorney General's discretion to provide immunity from prosecution in specific instances is an accepted fact in Canada. In *Betesh*,[103] an Ontario case, it was argued among other things that a promise

---

99. The body of cases referred to in this paper should not be taken as exhaustive.

100. Ratushny, *supra*, note 18 at 398. Certain agreements with informers (not only immunity agreements) have, of course, received some notoriety in recent times. In Ontario and Quebec, *e.g.*, the arrangements made with, and testimony of, two former motorcycle gang members received widespread news coverage. In British Columbia, the payment of money for information on the location of the bodies of murder victims was the subject of considerable media attention.

101. See Fred Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3d ed. (Toronto: Carswell, 1979) at 199, where the point is made in a different context. Immunity agreements have been referred to in a number of Supreme Court of Canada decisions: see, *e.g.*, *Amato* v. *The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418 at 420; *R.* v. *Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652. In *R.* v. *Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293 at 1300, it is stated, *per* Cory J., with whom Dickson C.J.C., Lamer C.J.C. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. concurred, that a witness "came to Canada to give evidence for the appellant [*i.e.*, the accused]" and "was given immunity from prosecution."

102. *Supra*, note 14.

103. *Supra*, note 14.

of immunity given by an agent of the Attorney General for Canada was not binding because "there is no provision in the *Criminal Code* authorizing blanket immunity."[104] Rejecting this argument, Graburn Co. Ct J. said:

> [W]hile it is true that the *Code* does not authorize the grant of immunity from prosecution, *neither does it exhaust the traditional powers of the chief law officer of the Crown.* For example, the *Code* does not authorize the withdrawal of a charge, once laid, nor does it authorize plea bargaining as to sentence upon a plea of guilty by a co-accused, so that the latter may give evidence against his co-accused. The latter power was recognized and adopted through his agent, by a former Attorney-General of this Province in a case involving one Rush and Williams in 1969.
>
> Therefore, notwithstanding the lack of any express provision in the *Criminal Code* allowing a grant of immunity by the Attorney-General for Canada, I am satisfied he possesses such a power and that with rare exceptions he can be trusted to exercise it in accordance with the highest traditions of the administration of justice.[105]

In *R.* v. *McDonald*,[106] a case of some relevance to the Canadian situation, it was held by New Zealand's Court of Appeal that the power to grant immunity from prosecution, in the form of an undertaking to stay future proceedings if they were commenced, was not affected by the fact that the Attorney General's power to enter stays was statutory.[107] In that case, it had been argued that because "the powers conferred by the Crimes Act and by the Summary Proceedings Act are powers to stay proceedings which have been commenced,"[108] and because "[t]hey do not in terms relate to the giving of an undertaking or promise concerning the entry of a stay of proceedings in certain future events,"[109] the result was that "the Solicitor-General . . . had no power to give the under-

---

104. *Ibid.* at 244, Graburn Co. Ct J.

105. *Ibid.* at 245.

106. [1980] 2 N.Z.L.R. 102.

107. Richmond P., who spoke for the Court, summarized in part, at 104, as follows:

> Mr Hart referred us to various authorities which show that in England the admitted power of the Attorney-General to enter a nolle prosequi in criminal proceedings is one well recognised at common law and one which can properly be described as a prerogative power in the sense that it does not depend on a statute but stems from the authority of the Sovereign. It also appears that this power at common law did not extend to summary proceedings and could only be exercised after an indictment had been found. By way of contrast with that situation Mr Hart directed our attention to the fact that in New Zealand the power of the Attorney-General to enter a stay of proceedings, which is the same thing as lodging a nolle prosequi, is governed by statute. So far as proceedings in the High Court are concerned the position is governed by s 378 of the Crimes Act 1961 and in relation to summary proceedings and preliminary proceedings in indictable cases there are powers to be found in ss 77A and 173 of the Summary Proceedings Act 1957. Mr Hart developed an argument, based in particular on what was said by their Lordships in the case of *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508, to the effect that the ground which was covered in England by the prerogative is now covered in New Zealand entirely by the provisions of the Crimes Act to which we have referred and furthermore that in New Zealand certain statutory powers exist in relation to summary proceedings which have no counterpart at common law.

108. *Ibid.* at 104-05.

109. *Ibid.* at 105.

taking which he did give in the present case,"[110] and that "[t]hat undertaking . . . was invalid."[111] This argument was, however, rejected. Noting that "[t]he practice of giving immunity in this way has long been accepted in England and has been adopted from time to time in New Zealand," the Court said: "We see no reason to think that it is any the less effective in New Zealand simply because in this country it relates to the exercise of the powers vested in the Attorney-General by statute rather than to the exercise of prerogative powers as in England. It is in our view immaterial whether such an undertaking is one which is as a matter of law strictly binding on the Crown."[112] The Court added that it was "quite unthinkable that such an undertaking would not be honoured . . . ."[113] When a similar argument against the validity of the Solicitor-General's undertaking was raised on appeal to the Privy Council,[114] Lord Diplock declared that "[t]heir Lordships are in entire agreement with the way in which the Court of Appeal disposed of this ground of appeal."[115]

The power to provide immunity from prosecution includes the power to prevent others from prosecuting an immunized person. This point was made in the English case of *Turner* v. *Director of Public Prosecutions*.[116] There, a convicted accused had attempted to prosecute a prosecution witness privately, notwithstanding that the Director of Public Prosecutions had given the witness "a formal undertaking that he would not be prosecuted for the offences disclosed in his statements."[117] Although it was alleged by the accused that the prosecutor had told the judge and jury at trial that anyone could still prosecute the witness privately, Mars-Jones J. of the Queen's Bench Division held that "[w]hatever counsel said or did not say at the trial, he could not fetter the Director of Public Prosecutions' discretion in deciding whether to intervene if a private prosecution were launched and

---

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. *McDonald* v. *R.* (1983), 77 Cr. App. R. 196. Lord Diplock said, in delivering the Board's judgment, at 200:

> Counsel for McDonald . . . has argued that the Solicitor-General had no power to give an undertaking that he would direct a stay of any future proceedings against either [immunized witness] which had not already reached the stage of his committal to the High Court for trial or the preferment of an indictment against him. The power of the Attorney-General, and *pro hac vice* the Solicitor-General, to stay proceedings, it was submitted, was statutory only. It was conferred by section 378 of the Crimes Act 1961. Under that section it did not arise until that stage in current proceedings against a defendant had been reached; and no law officer of the Crown could bind himself or his successor as to how the statutory discretion would be exercised on some future occasion.

115. *Ibid.*

116. (1978) 68 Cr. App. R. 70.

117. *Ibid.* at 72, Mars-Jones J.

offering no evidence in those proceedings."[118] In affirming, in these circumstances, the statutory power of the Director of Public Prosecutions to take over a private prosecution for the express purpose of calling no evidence, His Lordship said:

> I do not need to spell out in detail the effect on future criminal investigations or proceedings if a witness giving evidence for the prosecution in these circumstances could not rely upon the undertaking of the Director of Public Prosecutions and his co-operation in ensuring that such a witness would be protected against a private prosecution of this kind.[119]

The power to provide immunity from prosecution in particular instances may be distinguished from attempts, by Crown agents, to suspend certain laws or dispense with their application to particular people. As is evident from the case of *R.* v. *Catagas*,[120] neither of these latter two courses would be open to Crown officials in Canada today.[121] In *Catagas*, the Manitoba Court of Appeal referred to the "dark chapter in English legal and constitutional history"[122] in which "the Crown, as part of the Royal prerogative, suspended some laws and dispensed with obedience to others."[123] As it further explained:

> By virtue of the suspending power the Crown suspended the operation of a duly enacted law of Parliament, and such suspension could be for an indefinite period. . . .
>
> Under the dispensing power the Crown purported to declare that a law enacted by Parliament would be inapplicable to certain named individuals or groups. By virtue of a dispensation in their favour the law would not apply to them, but it would continue to apply to all others.[124]

The *Catagas* case itself involved an effort by government officials, as a matter of policy, "to exempt Indians from compliance with the *Migratory Birds Convention Act*."[125] In the course of allowing the Crown's appeal from the acquittal of an accused whose "defence stemmed from the 'no-prosecution' policy which the Crown had announced in favour of Indians,"[126] the Court said: "[W]hat we have here is a clear case of the exercise of a

---

118. *Ibid.* at 76.

119. *Ibid.* at 73. His Lordship went on to observe, at 77-78:

> There is no doubt about the existence or the unfettered nature of the Director of Public Prosecutions' powers in this respect. . . . If [the witness] were brought before the Tottenham justices the date and time of his appearance would be known, and if thereafter he were to be remanded in custody or sentenced to imprisonment he would be exposed to danger which he is entitled to expect he would not have to face. Apart from [the witness's] own position, the Director of Public Prosecutions had to take into consideration the possible effects of such a private prosecution being allowed to proceed upon current and future criminal inquiries and proceedings.

120. (1977) 38 C.C.C. (2d) 296.

121. See McDonald Commission, *supra*, note 2 at 393-95.

122. *Supra*, note 120 at 297, Freedman C.J.M.

123. *Ibid.* at 297-98.

124. *Ibid.* at 298.

125. *Ibid.* at 299.

126. *Ibid.* at 302.

purported dispensing power by executive action in favour of a particular group. Such a power does not exist."[127] However, it added:

> [N]othing here stated is intended to curtail or affect the matter of prosecutorial discretion. Not every infraction of the law, as everybody knows, results in the institution of criminal proceedings. A wise discretion may be exercised against the setting in motion of the criminal process. A policeman, confronting a motorist who had been driving slightly in excess of the speed limit, may elect to give him a warning rather than a ticket. An Attorney-General, faced with circumstances indicating only technical guilt of a serious offence but actual guilt of a less serious offence, may decide to prosecute on the latter and not on the former. And the Attorney-General may in his discretion stay proceedings on any pending charge, a right that is given statutory recognition in s. 508 [now s. 519] . . . of the *Criminal Code*. But in all these instances the prosecutorial discretion is exercised in relation to a specific case. It is the particular facts of a given case that call that discretion into play. But that is a far different thing from the granting of a blanket dispensation in favour of a particular group or race.[128]

Not uncommonly, informal immunity arrangements originate at the police level. From time to time, evidence of such arrangements appears in the reported cases. In *R.* v. *Kalashnikoff*,[129] to take one example, a police officer who had written a traffic ticket testified that he had told the person to whom it related (the accused) "that [he] would not process that ticket if [the accused] was able to obtain some information of value, regarding the Polson Place armed robbery in particular . . . ."[130] Similarly, in *R.* v. *Sayer*,[131] it was reported that a prosecution witness had provided information to the police "having first been assured by the police that he would not be prosecuted for this or the other offences and that he would be given police protection, provided, that is, that he would make full

---

127. *Ibid.* at 301. Compare *R.* v. *Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, however, which involved a treaty that pre-dated the provision under which the accused had been charged. There, the Supreme Court of Canada noted *inter alia* (*per* Lamer J. [as he then was] at 1065) that "[s]ection 88 of the *Indian Act* is designed specifically to protect the Indians from provincial legislation that might attempt to deprive them of rights protected by a treaty." In the course of its decision, at 1033, it referred to the majority opinion of the Quebec Court of Appeal "that s. 88 of the *Indian Act* made the respondents immune from any prosecution for the activities with which they were charged, since the latter were the subject of a treaty whose rights could not be limited by provincial legislation" (*per* Lamer J. [as he then was]). For consideration of immunity from prosecution in similar contexts, see *R.* v. *Paul* (1988), 90 N.B.R. (2d) 332 (Q.B.); *R.* v. *Augustine*; *R.* v. *Barlow* (1986), 74 N.B.R. (2d) 156 (C.A.); *Simon* v. *The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Kruger* v. *The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *Myran* v. *The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 137. See, on the subject of treaties and the effect of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6 (now R.S.C. 1985, c. I-5), Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1985) at 556-62.

128. *Supra*, note 120 at 301.

129. (1981) 21 C.R. (3d) 296 (B.C.C.A.).

130. *Ibid.* at 299. At other points in his testimony, the police officer is quoted as having said he told the accused, at 298, "that the ticket could possible [*sic*] be erased if information was obtained from the Polson Place armed robbery," at 299, "that if his information was valuable, or did prove to be accurate, that the ticket would not be processed through to the Superintendent of Motor Vehicles . . . " and, also at 299, "that there would have to be further information in order to obtain a — the ticket being destroyed."

131. (1989) 75 Sask. R. 71 (C.A.).

disclosure and testify to the occurrences."[132] In *R.* v. *Voutsis*,[133] which dealt, among other things, with a person's consent to the interception and admission of a private communication, the Saskatchewan Court of Appeal noted that the trial judge was "satisfied she had consented, as she did, in return for a promise made to her by the police to drop a number of outstanding charges against her . . . ."[134]

Reported cases have also indicated, however, that the police, or other peace officers, do not have the authority to make binding immunity agreements on their own. In *R.* v. *Demers*,[135] for instance, the Quebec Court of Appeal suggested that it would be necessary to seek "the Crown's approval . . . for an offer of immunity" since "this is outside the powers of the police." In that case, a Crown prosecutor had also testified: "I presume the police do not make agreements without speaking to us."[136] In *R.* v. *Metro News Ltd.*,[137] the accused, who had been convicted of "distributing obscene material[],"[138] argued on appeal that the prosecution had been an abuse of process. In support of its contention, the accused referred to the fact that the publication in question had been approved by the customs authorities, and to an arrangement it had with the police which enabled it to withdraw certain publications and avoid criminal charges with respect to them.[139] The Ontario Court of Appeal rejected the abuse of process argument, largely on the basis that the appellant knew that his agreement could not insulate him from prosecution under the *Criminal Code*.[140]

---

132. *Ibid.* at 71-72, Cameron J.A. As the Court went on to add, however, at 72 *per* Cameron J.A., the witness had later attended a meeting with the police and the prosecutor and "on the eve of the preliminary inquiry, following which meeting . . . had released the police from their undertaking not to prosecute him." According to the evidence, the witness, "having talked to the prosecutors, had decided to release the police from their undertaking and to make a clean breast of everything in order to put his past behind him and get on with his life" (at 72 *per* Cameron J.A.).

133. (1989) 47 C.C.C. (3d) 451.

134. *Ibid.* at 455, Cameron J.A. Compare the slightly different situation in *R.* v. *Mancuso*; *R.* v. *Lee* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380, where the Quebec Court of Appeal (*per* Richard J., as translated, at 384) stated that a witness had "agreed to collaborate with the police in return for their intervention on his behalf in order to have the proceedings pending against him suspended." Compare as well the situation in *R.* v. *Wile* (1990), 58 C.C.C. (3d) 85 (Ont. C.A.). There, according to the Court, at 99, "an arrangement was made . . . under which [a person] was to give [a police officer] useful information . . . in exchange, potentially, for immunity from prosecution."

135. (1989) 49 C.C.C. (3d) 52 at 57, Kaufman J.A.

136. *Ibid.*

137. (1986) 29 C.C.C. (3d) 35.

138. *Ibid.* at 39.

139. According to the Court at 42, *per* Martin J.A.:

> [A] member of "Project P" ["a joint forces unit composed of police officers from the Ontario Provincial Police and the Metropolitan Toronto Police" (at 42)] . . . testified that it had an arrangement with the Periodical Distributors of Canada that if "Project P" became involved in the investigation of one of the magazines approved by the committee, the police would notify the Periodical Distributors Association so that it could withdraw the magazine from circulation.

140. The Court went on to say, at 75, *per* Martin J.A.:

> . . . I do not think that the general arrangement which the appellant had with the police of notifying them of the approval of the advisory council and the police, in turn, notifying the appellant of their disagreement with the opinion of the committee as to a particular publication, permitting the appellant to withdraw the publication from circulation, resulted in prejudice to the appellant which rendered a prosecution of the appellant unfair in respect of the particular publication which was the subject of the charge.

II. Public and Judicial Perceptions of Immunity

In our working paper on *Plea Discussions and Agreements*,[141] we noted that the practice of plea negotiation had acquired a bad reputation as far as the Canadian public was concerned. We reported that "[i]n a national survey recently conducted for us by Gallup Canada Inc., more than 68 per cent of those polled (and more than 79 per cent of those respondents having an opinion) expressed either strong or general disapproval of the practice of 'plea bargaining,' as we had defined it."[142] It may be (although we have no empirical evidence on this point) that the Canadian public's perception of immunity agreements is similar.

If this is true, however, it is also true that the practice of providing immunity has its defenders. In its 1976 report,[143] for example, the Quebec Police Commission's Commission of Inquiry on Organized Crime suggested, with some regret, that the offering of immunity was viewed as improper in Canada, and went on to defend forbearance in the initiation of proceedings against persons whose assistance was essential in prosecuting more senior participants in organized crime. It recommended open trade, by the Attorney General, of immunity for truthful evidence — especially in organized crime cases.[144]

Whatever they might think about the merits of particular immunity agreements, or about the quality of evidence that they produce, the courts appear generally to have refrained from condemning the practice of providing immunity itself. In *R.* v. *Turner*,[145] for example (an English case), Lawton L.J. recognized that "[i]t is in the interests of the public that criminals should be brought to justice," and that "the more serious the crimes the greater is the need for justice to be done."[146] Although he said that "[e]mploying Queen's evidence to accomplish this end is distasteful and has been distasteful for at least 300 years to judges, lawyers and members of the public,"[147] he acknowledged that "[u]ndertakings of immunity from prosecution may have to be given in the public interest."[148] As the decision in the *Betesh* case[149] suggests, Canadian courts have, on occasion, taken pains to defend the provision of immunity as a legitimate prosecutorial function. In *Betesh*, it will be recalled, Graburn Co. Ct J. characterized the power to extend immunity as one that was compatible with "the highest traditions of the administration

141. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1.

142. *Ibid.* at 7.

143. Quebec Police Commission, *The Fight against Organized Crime in Quebec: Report of the Commission of Inquiry on Organized Crime and Recommendations* (Quebec City: Quebec Official Publisher, 1977) at 211, cited by Ratushny, *supra*, note 18 at 399.

144. Quebec Police Commission, *ibid.* at 212.

145. (1975) 61 Cr. App. R. 67 (C.A.).

146. *Ibid.* at 79.

147. *Ibid.*

148. *Ibid.* at 80.

149. *Supra*, note 14.

of justice."[150] Other judges, in perhaps less glowing terms, have also signified their approval. In delivering the Quebec Court of Appeal's judgment in the *Demers* case, for example, Kaufman J.A. expressed the opinion that "an offer of immunity, in an appropriate case, is not necessarily a bad thing *per se*."[151]

The courts have been reluctant as well to express disapproval of the financial arrangements that are frequently part and parcel of immunity agreements. In *Palmer* v. *The Queen*,[152] for example, a key prosecution witness stated, at the accused's preliminary inquiry and trial, "that in return for his agreement to give evidence against Douglas Palmer, and for the actual giving of the evidence, he had been promised immunity from prosecution on certain charges which were outstanding against him and protection for himself and his family."[153] Following the accused's conviction, however, the witness had recanted the evidence he had given against the accused Douglas Palmer, alleging that the police had influenced him, that he had been paid a large sum of money, and that more had been discussed. The Supreme Court of Canada acknowledged: "[F]rom time to time the interests of justice will require that Crown witnesses in criminal cases be protected. Their lives and the lives of their families and the safety of their property may be endangered. In such cases the use of public funds to provide the necessary protection will not be improper."[154] *Palmer* did, however, evoke a recognition by the Court of the dangers that are inherent in these arrangements:

> On the one hand, interference with witnesses cannot be tolerated because the integrity of the entire judicial process depends upon the ability of parties to causes in the courts to call witnesses who can give their evidence free from fears and external pressures, secure in the knowledge that neither they nor the members of their families will suffer in retaliation. On the other hand, the courts must be astute to see that no steps are taken, in affording protection to witnesses, which would influence evidence against the accused or in any way prejudice the trial or lead to a miscarriage of justice.[155]

So long as "only reasonable and necessary protection has been provided and . . . no prejudice or miscarriage of justice has resulted in consequence,"[156] the Supreme Court concluded, it would not be right to "draw unfavourable inferences against the Crown, by reason only of this expenditure of public funds."[157]

---

150. *Ibid.* at 245.

151. *Supra*, note 135 at 56.

152. [1980] 1 S.C.R. 759.

153. *Ibid.* at 765, McIntyre J.

154. *Ibid.* at 779, McIntyre J.

155. *Ibid.* The Court went on to observe, at 779-80:

> It must be recognized that when cases of this nature arise, charges of bribery of witnesses will, from time to time, be made. It is for this reason that the courts must be on guard to detect and to deal severely with any attempt to influence or corrupt witnesses. The courts must discharge this duty with the greatest care to ensure that while no impropriety upon the part of the Crown will be permitted, the provision of reasonable and necessary protection for witnesses is not a prohibited practice. In the United States, there are statutory provisions expressly contemplating such expenditure under the authority of the Attorney General.

156. *Ibid.* at 779, McIntyre J.

157. *Ibid.*

III. Judicial Supervision

Unlike plea agreements, immunity agreements do not lend themselves very readily to judicial supervision (as opposed to judicial enforcement). In the case of plea agreements, the court is frequently asked by the parties, in effect, to "accept" an arrangement that they have worked out, either by sentencing the accused within the range contemplated by the agreement or (under what is now *Criminal Code* subsection 606(4)) by accepting the accused's guilty plea to "an[] ... offence arising out of the same transaction" and finding him or her "not guilty of the offence charged and ... guilty of the offence in respect of which the plea of guilty was accepted ...." With immunity agreements, however, the person who has received immunity may never actually have been charged with the offence to which the immunity agreement relates, and may never appear in court (except, perhaps, as a prosecution witness).[158]

Where a decision of the Attorney General to direct the entry of a stay of proceedings under *Criminal Code* section 579 is involved, the general rule is one of judicial non-interference. As Craig J. of the Ontario High Court said in the case of *Campbell* v. *Attorney-General of Ontario*[159] (which did not itself involve an immunity agreement), "[t]he decision is not reviewable by the courts but is one for which the Attorney-General is accountable to the Legislature or to Parliament ...."[160] Although His Lordship referred to a "possible exception where it can be said that there was 'flagrant impropriety'[161] on the

---

158. See Smith, *supra*, note 12 at 311-12. For a fairly recent example, see *R.* v. *Rowbotham* (1988), 25 O.A.C. 321 (C.A.). At 359, the Court referred to "an unindicted co-conspirator" who "[u]pon an arrangement for immunity from prosecution ... gave evidence for the Crown and before testifying gave a sixty-five page statement to the police, sworn to before a Justice of the Peace."

159. (1987) 31 C.C.C. (3d) 289.

160. *Ibid.* at 299, citing *Dowson* v. *The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 144 and referring to Eugene G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1983) at 295; Connie Sun, "The Discretionary Power to Stay Criminal Proceedings" (1973-74) 1 Dalhousie L.J. 482; *R.* v. *Dube* (1986), 17 W.C.B. 457 (Ont. Dist. Ct).

161. *Campbell*, *supra*, note 159 at 301. His Lordship was referring here to the decisions of *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (Man. C.A.) (leave to appeal refused [1983] 2 S.C.R. v) and *R.* v. *Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (Man. C.A.). In the former case, the Court had said, in another context, *per* Monnin C.J.M. at 539:

> The judicial and executive must not mix. These are two separate and distinct functions. The accusatorial officers lay informations or in some cases prefer indictments. Courts or the curia listen to cases brought to their attention and decide them on their merits or on meritorious preliminary matters. If a judge should attempt to review the actions or conduct of the Attorney-General — barring flagrant impropriety — he could be falling into a field which is not his and interfering with the administrative and accusatorial function of the Attorney-General or his officers. That a judge must not do.

In the *Moore* case, the Court had said, again in a different context, *per* Huband J.A. at 476:

> If the courts have the power to inquire into the exercise of that discretionary authority by the Attorney-General, then I do not see on what basis every exercise of his discretionary powers would not also be reviewable. There would have to be hearings and representations presented and heard before deciding what criminal charges should be laid against whom. The criminal law system would be in a shambles.

part of the Attorney-General in directing the stay,"[162] he added that in the case at bar "there can be no suggestion that the Attorney-General is failing to uphold the law or that he is acting out of improper motives or for an improper purpose."[163]

Any attempt by the judiciary in this country to influence the manner or circumstances in which immunity from prosecution is granted would no doubt be frowned upon. In the English decision of *R.* v. *Turner*,[164] Lawton L.J. had stated that he found the Director of Public Prosecutions' promising immunity to a person such as the informer in that case "distasteful"[165] and that "[n]othing of a similar kind must ever happen again."[166] His Lordship went on to say that the Director of Public Prosecutions should dispense promises of immunity "most sparingly"[167] and that "in cases involving grave crimes it would be prudent of him to consult the Law Officers before making any promises."[168] In the course of a subsequent refusal by the House of Lords to grant leave to appeal, Lord Dilhorne expressly disapproved of the practice of issuing judicial instructions to regulate future conduct in such matters.

IV. Disclosure

As one Canadian textwriter has observed, the existence and contents of immunity agreements may be difficult to ascertain.[169] Where immunity agreements involve the giving of evidence by an immunized person,[170] must their existence and contents be disclosed to the accused? Often, of course, they are. In *Turner* v. *Director of Public Prosecutions*,[171] for example, "the Director of Public Prosecutions decided that it was in the public interest to call [a police suspect turned informer] as a witness for the prosecution rather than prosecute him for the offences he had disclosed in his statements"[172] and thereafter

---

162. *Campbell*, *ibid.*

163. *Ibid.*

164. *Supra*, note 145.

165. *Ibid.* at 80.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

169. Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 3d ed. (Toronto: Canada Law Book, 1991) at 26-24.

170. In *R.* v. *Turner*, *supra*, note 145, the Assistant Director of Public Prosecutions' undertaking of immunity had included a condition stating that if the informer's information was not sufficiently valuable to be used as evidence in a prosecution, it would be kept secret, neither the Director nor the police would mention it in any prosecution of the informer, and no discussions relating to the possibility of the informer's becoming a prosecution witness would be mentioned. This condition was criticized by Lawton L.J., who stated, at 80, that it "could have caused both the Director's professional staff and police officers grave embarrassment had it been decided to continue proceedings against [the informer]."

171. *Supra*, note 116.

172. *Ibid.* at 72, Mars-Jones J.

gave that person "a formal undertaking that he would not be prosecuted for the offences disclosed in his statements."[173] As the judgment of Mars-Jones J. goes on to indicate, "Turner's legal advisers, the trial judge and the jury were made aware of the nature of that undertaking."[174]

Non-disclosure of concluded immunity agreements may, however, impair the ability of an accused to "make full answer and defence," guaranteed by *Criminal Code* subsections 650(3) and 802(1), and may require consideration of section 7 and paragraph 11(*d*) of the *Charter*[175] In *X.* v. *The United Kingdom*,[176] one of the accused in *R.* v. *Turner* brought an application before the European Commission on Human Rights asserting that the use of an immunized accomplice's evidence had infringed his rights under article 6(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.[177] (In a manner similar to *Charter* paragraph 11(*d*), that provision guarantees accused persons "a fair . . . hearing."[178]) Although it acknowledged that the use of such evidence could bring article 6(1) into play, the European Commission relied heavily on the fact that the agreement had been disclosed to defence counsel and to the jury in arriving at its determination that there had been no infringement.

Clearly, it would be improper for the accused or the court to be misled as to the existence of an immunity agreement. In *R.* v. *Dufresne*,[179] the Supreme Court of Canada allowed the appeal of the accused from a dismissal of his appeal against conviction, citing "grave allegations and evidence to support them which, although not conclusive, nonetheless cast serious doubt on the integrity of the conduct of the Crown and the police in this matter."[180] The Court went on to explain, among other things, that "[t]he allegations include an allegation that one or more police officers and/or the Crown did not reveal to the court the fact that a Crown witness had perjured himself and misled the court by denying the existence of promises of pardon which they had indeed made to him . . . ."[181]

---

173. *Ibid.*

174. *Ibid.*

175. See *Charter* s. 7, *supra*, note 47. Paragraph 11(*d*) provides that "[a]nyone charged with an offence has the right . . . to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal . . . ."

176. (No. 7306/75) (1976) 7 Eur. Comm. H.R.D.R. 115.

177. 4 November 1950, Europ. T.S. No. 5.

178. *Ibid.*

179. [1988] 1 S.C.R. 1095.

180. *Ibid.* at 1095.

181. *Ibid.* Compare *R.* v. *Roy* (1989), 73 C.R. (3d) 291 (Que. C.A.).

V. Evidentiary Implications

Immunity agreements that require the giving of evidence may raise different evidentiary questions,[182] depending on how they are formulated with respect to timing. Where the agreement takes the form of a promise not to prosecute that is conditional on the witness's testifying against the accused, for example, it tends to jeopardize the credibility of the witness and the weight of his or her evidence.[183] The extent of this danger is exemplified in the case of *United States of America* v. *Shephard*.[184] There an application for a warrant under the *Extradition Act*[185] was based on the affidavit evidence of an individual who had been promised immunity in the form of a future dismissal of charges pending against him in the United States. Having stated that the test for issuing the warrant "is whether the evidence is such as would justify ... committal ... for trial"[186] and "is the same test as that which is applied at trial, when, at the conclusion of the Crown's case, a motion is made for a directed verdict,"[187] the extradition judge denied the application on the basis that the immunized person's evidence was so clearly untrustworthy

182. See generally *R.* v. *McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.) (leave to appeal to S.C.C. dealt with at 193n., 576) at 280-81; *R.* v. *Roach* (1984), 12 W.C.B. 473 (B.C.C.A.). Even in the absence of an agreement, of course, a witness's hope of receiving immunity may affect the way in which his or her evidence is viewed. See *R.* v. *Symonds* (1983), 1 O.A.C. 103 at 106, where the Ontario Court of Appeal, *per* Martin J.A., noted that "[t]he investigating officer and [a prosecution witness] were cross-examined as to whether [the witness] had been promised immunity in exchange for his evidence" and that "[b]oth denied that immunity had been promised to [the witness] in exchange for his testimony." The Court then said, *per* Martin J.A. at 106: "The trial judge's statement that in order to find that [the witness] implicated the appellant in order to obtain immunity from prosecution, they would have to find a conspiracy was unfortunate. The jury could find that [the witness] was giving his testimony in the expectation of obtaining immunity from prosecution even though there was no expressed promise of immunity."

183. See *Ertel*, *supra*, note 6. There, as the Ontario Court of Appeal noted, *per* Lacourcière J.A. at 404, "[t]he principal witnesses for the Crown were two of the appellant's co-accused ... who ... had made a 'deal' with the Crown." The Court had earlier explained, at 403: "Two of those committed for trial ... made an arrangement with the Crown whereby they would plead guilty and testify for the Crown. The Crown, in return, would drop the importing charge against them (count 1) and recommend that they receive a six-month sentence on the trafficking charge (count 2)." Before they gave their evidence against the accused, the witnesses had "pleaded guilty to count 2 of the preferred indictment ..." (at 403) and "count 1 against them was stayed" (at 403). Neither witness had been sentenced, however, and one "admitted that he believed that, if he were to give evidence that did not incriminate the appellant, the Crown would not recommend a six-month sentence for his part in the conspiracy, and that he might be subject to a minimum sentence of seven years on the importation charge" (at 407). In these circumstances, the Court of Appeal expressed the view that the trial judge (who had adopted the evidence of the two witnesses) had "properly deprecated the 'distasteful procedure', of having [these witnesses] testify before the charges against them had been dealt with" (at 410). See also *R.* v. *Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321 at 335 (C.A.) (aff'd [1978] 2 S.C.R. 538). Compare *R.* v. *Desgroseilliers*, [1986] O.J. No. 112 (C.A.). See *R.* v. *Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484 (B.C.C.A.), where the issue of timing is not entirely clear from the report.

184. [1977] 2 S.C.R. 1067.

185. Now R.S.C. 1985, c. E-23.

186. *Supra*, note 184 at 1079.

187. *Ibid.* at 1079-80.

"as to justify him in treating it as 'not being sufficient' within the meaning of s. 475(1) [now s. 548(1)] of the *Criminal Code*."[188] When ultimately the matter came before the Supreme Court of Canada, however, a majority of that court held that the judge had erred. In delivering the majority judgment, Ritchie J. noted that the immunity agreement had not affected the competency of the immunized person or the admissibility of his evidence, and that "the credibility of the witness . . . was a matter for the jury or for the trial judge sitting alone if there were no jury."[189] As the Supreme Court later added in *Vetrovec* v. *The Queen*,[190] "[e]ven in cases where a promise of immunity is offered, it should not always be assumed that the accomplice cannot be trusted."

Some immunity agreements are not, by their terms, conditional on the witness's testifying *before* the immunity is conferred on him or her. This was the case in *R.* v. *Turner*.[191] There Lawton L.J. distinguished the case of *R.* v. *Pipe*[192] (in which the evidence of an accomplice was held to be *inadmissible*), saying that "[i]ts *ratio decidendi* is confined to a case in which an accomplice, who has been charged, but not tried, is required to give evidence of his own offence in order to secure the conviction of another accused."[193] *Turner*, on the other hand, was a case in which the witness had already been arraigned on a four-count indictment and been acquitted after the prosecutor declined to call any evidence against him. Noting that "[w]hen [the witness] went into the witness box both before the magistrates and at this trial, there was no real likelihood of his being prosecuted if he refused to give evidence,"[194] and that "[t]he only risk he ran was that the police might have withdrawn the protection which he had had and have refused to conduct him in secrecy to where he wanted to go,"[195] His Lordship expressed the view that "[t]hese facts distinguished this case from *Pipe* . . . ."[196]

---

188. *Ibid.* at 1085, Ritchie J.

189. *Ibid.* at 1086-87.

190. [1982] 1 S.C.R. 811 at 821, Dickson J. (as he then was).

191. *Supra*, note 145.

192. (1967) 51 Cr. App. R. 17 (C.A.). In *Shephard*, *supra*, note 184, Ritchie J. (speaking for the majority of the Supreme Court of Canada) expressed the opinion, at 1085, that the extradition judge in that case had been correct when he said "that the case of *Pipe* goes further than the Canadian practice and that, in this country, the mere fact that an accomplice has charges pending against him does not render bad a conviction based upon the testimony of such accomplice." See also *R.* v. *Piercey* (1988), 42 C.C.C. (3d) 475 (Nfld C.A.).

193. *Supra*, note 145 at 78.

194. *Ibid.* at 79. According to His Lordship, at 79:

> When [the witness] decided to give the police information about his partners in crime, the prospect of getting himself immunity from further prosecution was a most powerful inducement. It is necessary, however, to consider [the witness's] position when he gave evidence. All the charges which had been preferred against him had already been terminated in his favour. By means of the absurd conspiracy charge, the prosecution had tried to give him immunity from prosecution for any offences he had disclosed in his statements. If, after verdicts of "not guilty" had been entered in his favour, he had refused to give evidence, and the prosecution had tried by relying on the differences between a charge of conspiracy to rob and one of robbing to prosecute him for any substantive offences which he had disclosed, his statements would have been inadmissible because they had been obtained from him by inducements.

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*

As the reasoning in *Turner* suggests, the extent to which a witness has been immunized before testifying may affect the view that is taken of his or her evidence.[197] This fact was recognized by the New Zealand Court of Appeal in the *McDonald* case.[198] There, it was argued on appeal from the accused's conviction that evidence of an immunity agreement between the Solicitor-General and two key prosecution witnesses should not have been admitted at trial. Rejecting this argument, the Court of Appeal analogized to "the long accepted practice whereby the Crown can lead evidence from an accomplice witness that he has been dealt with for his part in an offence."[199] Continuing, it said:

> That evidence is necessarily placed before the jury so that they will know, at any rate to that extent, that the accomplice is no longer dependent on the favour of the Crown or the Court for the treatment which he is to receive for his part in the offence. In our view the evidence which was led in the present case was led for a similar purpose and was properly admissible for that purpose, namely to enable the jury to assess the weight of the evidence given by [the two witnesses] with adequate knowledge of the circumstances under which they had come to give evidence against McDonald.[200]

In *R.* v. *Black*,[201] evidence had been given by a witness who himself had originally faced prosecution with respect to "all the offences described in the present indictment . . . ."[202] At that witness's earlier trial, however, "[t]he Crown submitted no evidence and he was acquitted."[203] In these circumstances, the trial judge had told the jury, after the witness had given his evidence: "You were . . . told that certificate of acquittal was entered against him . . . before he gave his evidence here and the effect of that now is that he is beyond the reach of the Crown. He was beyond the reach of the Crown when he gave his evidence here."[204] The judge went on to say that the witness "admitted that he made a deal with the police"[205] and that "[t]here is nothing illegal with making a deal with the police,"[206] but that "it is for you to consider as to whether or not he was motivated by anything other than by telling the truth when he gave his evidence."[207] The judge then said (in part): "[I]f you have any doubt about any piece of evidence he gave . . . by reason of him being an accomplice then you certainly should not, on a vital issue, accept his word. But the Crown states to you here that the real issue

---

197. See *R.* v. *Stevenson* (1971), 5 C.C.C. (2d) 415 (Ont. C.A.). There, a prosecution witness, *per* Gale C.J.O. at 415, "had been charged with the same offence but the Crown withdrew the charge and at the appellant's trial an attempt was made to cross-examine [the witness] with respect to the arrangements made between herself and the Crown Attorney preceding the withdrawal of the charge." Although, at 415, "[t]he trial Judge did not allow the cross-examination," the Ontario Court of Appeal later expressed the opinion, also at 415, that "that evidence was admissible on the question of [the witness's] credibility and it ought to have been admitted."

198. *Supra*, note 106.

199. *Ibid.* at 106, Richmond P.

200. *Ibid.*

201. (1970) 10 C.R.N.S. 17 (B.C.C.A.).

202. *Ibid.* at 29.

203. *Ibid.*

204. *Ibid.*

205. *Ibid.* at 30.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*

here is the guilt or innocence of the accused, not whether the Crown made a deal with this man and he thereby escaped punishment . . . ."[208] Although it was argued on appeal that the witness had not actually been "beyond the reach of the Crown" since "if he were again charged with the offences described in the present indictment the plea of *autrefois acquit* would not be available to him,"[209] Maclean J.A., who spoke for the British Columbia Court of Appeal, declined "to discuss the technical merits of this submission . . . ."[210] It was his opinion that "the real question [was] whether at the time when the witness] gave his evidence . . . he considered that the charges . . . were still hanging over him unresolved."[211] He concluded that "[t]he very fact that [the witness] appeared at the trial and gave the evidence he did, incriminating himself as well as others, indicates that he must have been of the impression that his discharge in the Magistrate's Court removed the risk of being prosecuted for the offences described in the indictment."[212]

Promises of immunity from prosecution are clearly inducements that would vitiate the voluntariness of a confession for the purposes of the *Ibrahim*[213] rule.[214] In *Kalashnikoff*,[215] a statement had been obtained by a police officer who had written the accused a traffic ticket and had told him he "would not process that ticket if [the accused] was able to obtain some information of value, regarding the Polson Place armed robbery in particular . . . ."[216] According to the police officer's testimony, the accused had earlier

---

208. *Ibid.*

209. *Ibid.* at 29.

210. *Ibid.*

211. *Ibid.*

212. *Ibid.* at 30. Compare *R.* v. *Wilson* (1981), 12 Man. R. (2d) 195 (C.A.). There, according to the Court, *per* O'Sullivan J.A. at 196, the main prosecution witness, "[a]lthough clearly guilty of importing and trafficking, . . . was granted immunity from prosecution . . . in return for his agreement to co-operate in the exposure of other members of the drug ring." Although it was found that there had been "no substantial wrong or miscarriage of justice . . ." (see *Criminal Code* s. 686(1)(*b*)(iii)), the Manitoba Court of Appeal accepted counsel's submission, *per* O'Sullivan J.A. at 196-97,

> that, although the learned trial judge correctly warned the jury of the danger of convicting on the evidence of a co-conspirator without corroboration, he diluted the warning by inviting the jury to consider the accomplice's truthfulness apart from corroboration and by suggesting to the jury that the accomplice had nothing to gain from fabrication since his "deal" had already been worked out.

213. [1914] A.C. 599 (P.C.). Under that rule, *per* Lord Sumner at 609, "no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority." See *R.* v. *Gillis* (1866), 11 Cox C.C. 69 (C.C.A.); *R.* v. *Houghton* (1978), 68 Cr. App. R. 197 (C.A.); *R.* v. *Barker* (1941), 28 Cr. App. R. 52 (C.C.A.): all cited by Kaufman, *supra*, note 101 at 199.

214. See Smith, *supra*, note 12 at 305-06.

215. *Supra*, note 129. Compare *R.* v. *Mathias*, *The Times*, August 24, 1989 (C.A.), discussed in *Archbold: Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases, Eighth Cumulative Supplement to the Forty-third Edition* (London: Sweet & Maxwell, 1990) at 286.

216. *Kalashnikoff*, *supra*, note 129 at 299.

told him "that he couldn't take the ticket, otherwise it would destroy his driver's licence."[217] In these circumstances, the British Columbia Court of Appeal held that "[t]he statement was made under the hope of advantage"[218] and should not have been admitted at the accused's trial for armed robbery.

Because immunity agreements have figured in the obtaining of consent, under what are now *Criminal Code* paragraphs 184(2)(*a*) and 189(1)(*b*), to the interception of private communications and their admission into evidence, a question has arisen as to the voluntariness of such a consent when it has been obtained by the promise of immunity. In *R.* v. *Dass*,[219] for example, the trial judge noted that the person giving the consent required by what is now paragraph 189(1)(*b*) "has not been prosecuted"[220] and that "the charges have been dropped subject to him testifying and consenting to the admission of the intercepted communications."[221] Being of the view that the test of voluntariness articulated in *Ibrahim* applied, and that it had not been satisfied, His Lordship held the consent to be insufficient.

In *R.* v. *Bengert (No. 3)*,[222] on the other hand, a different result was reached. There, the prosecution sought "to introduce certain private communications between alleged conspirators by virtue of expressed consent given in the witness box . . . by some of the alleged conspirators."[223] As Berger J. elaborated, "[t]he witnesses who gave their consent had earlier agreed to co-operate with the police to avoid being charged themselves,"[224] and "[t]he agreement to co-operate with the police . . . entailed the giving of consent to the admission of the private communications . . . ."[225] As His Lordship also stated: "All had been promised immunity. Some are now under police protection; they are not able to be employed, so they are receiving a monthly payment of $800. Some have been promised large amounts of money, $50,000 in two cases, $35,000 in one and $30,000 in one other, to enable them to establish new lives when the trial is over."[226] In these circumstances, His Lordship expressed the view that "the consent of these witnesses was obtained by the threat of prosecution and the promise of immunity and by the money and other consideration"[227] and that, if the confession rule were applicable, "the consents obtained would not render the private communications admissible."[228] Nevertheless, he determined that the consents were valid and the evidence admissible since "[t]he rule relating to confessions is designed to ensure that statements made by accused persons are statements that

---

217. *Ibid.* at 298.

218. *Ibid.* at 299.

219. (1977) 39 C.C.C. (2d) 465 (Man. Q.B.), aff'd (1979) 47 C.C.C. (2d) 194 (Man. C.A.).

220. *Ibid.* at 466.

221. *Ibid.*

222. (1978) 15 C.R. (3d) 13 (B.C.S.C.).

223. *Ibid.* at 14. Berger J.

224. *Ibid.*

225. *Ibid.*

226. *Ibid.*

227. *Ibid.*

228. *Ibid.*

can be relied upon"[229] and that "[n]o such issue arises under s.178.16(1)(*b*) [now s. 189(1)(*b*)]."[230] He further explained: "Suffice it to say that in the case at bar the witnesses had to make a choice. They were not compelled to consent. They could have refused to co-operate, could have refused to consent and taken their chances at trial. It can be said of each witness that his mind went with the choice he made."[231]

In *Goldman* v. *The Queen*,[232] which dealt with consent under what is now *Criminal Code* paragraph 184(2)(*a*), a majority of the Supreme Court of Canada later referred to "consent . . . given because of promised or expected leniency or immunity from prosecution" and said that "[i]nducements of this nature or compulsion resulting from threats of prosecution would render inadmissible a confession or statement made by an accused person to those in authority because the confession or statement could be affected or influenced by the inducement or compulsion"[233] but that "[d]ifferent considerations arise . . . where a consent of the kind under consideration here is involved."[234]

VI. The Enforcement of Immunity Agreements

Canadian courts have been prepared to enforce immunity agreements in cases where they have been breached. As Berger J. of the British Columbia Supreme Court said in *Re Smith and The Queen*,[235] when finding an abuse of process in the Crown's attempt to repudiate its agreement not to proceed with charges, "[t]he ordinary man is entitled to expect that the Crown will keep its word."[236]

---

229. *Ibid.*

230. *Ibid.*

231. *Ibid.* at 15.

232. [1980] 1 S.C.R. 976 at 1006, *per* McIntyre J., with whom Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred. See now *R.* v. *Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

233. *Goldman*, *ibid.*

234. *Ibid.* See also *Rosen* v. *The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961. In *Voutsis*, *supra*, note 133, a more recent case, a witness "gave the police a formal signed consent to intercept her communication with the [accused] and to have the intercepted communication admitted into evidence at any subsequent trial" (*per* Cameron J.A. at 455). Dealing with the way the trial judge had dealt with the issue of consent, the Saskatchewan Court of Appeal said, *per* Cameron J.A. at 455:

> He found that [the witness] understood the nature of her consent: that she was aware of what she was doing when giving it; that she appreciated the significance of her act; that she was aware of the use which the police would make of her consent should an offence be committed in the course of her meeting with [the accused]; and that she had given her consent knowingly, voluntarily, and free from coercion. Though satisfied she had consented, as she did, in return for a promise made to her by the police to drop a number of outstanding charges against her — charges having to do with obtaining narcotics illegally — he concluded that her consent had been made voluntarily and without coercion. He noted, as well, that [the witness], in her testimony, had signified her consent to the admission of the communication into evidence, saying he was satisfied that she knew what she was doing and understood the consequences of it.
>
> Having regard for the whole of the evidence and the way in which the trial judge approached the issues, we can find no tenable basis for interfering with his conclusion that the Crown had satisfied the statutory pre-conditions to the admission of the intercepted communication.

235. (1974) 22 C.C.C. (2d) 268.

236. *Ibid.* at 272.

In the *Betesh* case,[237] referred to earlier, Graburn Co. Ct J. enforced an immunity agreement by staying proceedings against the accused as an abuse of process. In the course of doing so, His Honour referred *inter alia* to the case of *R.* v. *Agozzino*[238] (wherein the Ontario Court of Appeal had enforced a plea agreement by directing a stay of proceedings) and said in part:

> One final word: it may be said that my judgment today deprives a citizen of access to the Courts for redress of a wrong allegedly done to him. Such an assertion is untenable on two grounds. This is a criminal prosecution. Hence it is not the citizen, but the State which has been denied access to the Court. Nor is it the Court which has denied access to the State in that Court. The State has itself denied itself access to the Court by virtue of the agreement of April 26, 1974.
>
> It may be considered by many people, including myself, that the immunity clause in the agreement of April 26, 1974, was most ill advised, excluding as it did a citizen allegedly injured from invoking the machinery of the criminal law.
>
> However, ill advised as I consider it to have been, to permit this prosecution to proceed in the light of the agreement and of . . . *Agozzino* would be contrary to the law.
>
> The Crown is bound in my view by its undertaking . . . , it constitutes an abuse of the process of this Court for the Crown to violate and breach its undertaking.[239]

In *R.* v. *Crneck*,[240] there had been an agreement, before the accused Bradley made a statement in writing to the police, that the statement would not be used in any proceedings against her and that she would be called as a witness against the accused Crneck, rather than be tried as well, if the statement corresponded with an earlier one and was compatible with certain statements by others. Following the giving and assessment of the statement, the prosecutor gave an undertaking to Bradley's lawyer that she would not be tried but would be called as a witness against Crneck. When a new prosecutor decided to proceed against Bradley notwithstanding these arrangements, Bradley applied to have the proceedings stayed on the basis of "manifest prejudice"[241] to her as well as on the ground of an abuse of process of a kind that "brings . . . the administration of justice into disrepute "[242] Allowing the application on the basis that ". . . Miss Bradley would suffer oppression or serious prejudice within the meaning of the words in the doctrine of abuse of process,"[243] Krever J. said, in part:

---

237. *Supra*, note 14.

238. [1970] 1 C.C.C. 380.

239. *Supra*, note 14 at 252.

240. (1980) 55 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.).

241. *Ibid.* at 10, Krever J.

242. *Ibid.*

243. *Ibid.* at 13.

> If the Crown is permitted to withdraw from the agreement to discontinue the proceedings against Miss Bradley after she has fulfilled her part of the bargain, the Crown, in my opinion, will have caused serious prejudice to her in her defence on this charge. It is important to keep in mind that she is jointly indicted with Miss Crneck, who is not a party to the agreement and cannot, therefore, be affected or prejudiced by it. If Miss Bradley were to take the witness-box in her own defence, as, of course, she has a perfect right to do, at the trial, and were to put the blame for the deed on Miss Crneck, Miss Crneck's counsel would be entitled to cross-examine Miss Bradley on her credibility. He would be entitled, in the course of so doing, to refer to the agreement — I am not now referring to the contents of the statement, but to the agreement with the Crown — and to suggest it was an attempt to obtain immunity from prosecution and thus avoid conviction by blaming Miss Crneck. The jury would thus learn of the agreement, and seeing Miss Bradley in the prisoners' box, might possibly draw an inference that for the Crown to have reneged on the agreements points to her guilt. If that can be overcome by a proper charge, which I doubt, the attack by Miss Crneck on Miss Bradley's credibility by reference to the agreement, which as I have indicated, counsel for Miss Crneck would be entitled to make, could not. Miss Bradley might well thus be deterred from taking the witness-box in her own defence and be deprived of, or suffer a diminution in, a real opportunity of making full answer and defence.[244]

It need not be prosecution of the immunized person that triggers action to have the agreement enforced. The recent decision of the Supreme Court of Canada in *R.* v. *A.*,[245] for example (which does not itself refer to an agreement involving immunity from prosecution), has important implications for agreements that involve protection of the witness or of his or her family. In that case, "[t]he R.C.M.P. undertook to provide protection for A, B and C"[246]; however, "there was a perceived danger to the appellants arising from the testimony to be given by one of them who was subpoenaed to testify at a criminal trial,"[247] and "[a]s a result of the perceived threat, an application by way of *certiorari* was brought to quash the subpoena or, alternatively, for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*."[248] As was also noted, "A specifically swore that he was ready to testify either if protection was provided B and C or in the alternative if the R.C.M.P. satisfied the judge hearing the application that the provision of protection for B and C was no longer necessary."[249] Although the judge to whom the application had been brought "dismissed it on the grounds firstly, that the subpoena was validly issued and secondly, that B and C were out of the country and a s. 24 *Charter* remedy was not available to persons living outside Canada,"[250] a majority of the Supreme Court of Canada found that the judge had erred in so ruling. In the course of giving his reasons, Sopinka J.[251] noted that "clearly the court can control abuse of its own process,"[252] that "[t]he subpoena power can be abused notwithstanding that on its face

---

244. *Ibid.* at 12-13.

245. [1990] 1 S.C.R. 995.

246. *Ibid.* at 998, Cory J.

247. *Ibid.* at 997.

248. *Ibid.*

249. *Ibid.*

250. *Ibid.* at 998.

251. With whom Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. concurred.

252. *R.* v. *A.*, *supra*, note 245 at 1003.

the subpoena is regular,"[253] and that "[i]f ... the conduct of the authorities amounted to an abuse of the use of subpoena powers, some form of relief would have been available."[254] Moreover: "[I]f a breach of s. 7 had been made out, relief could be granted to the applicants. The threat to B and C affected not only them and the security of their persons, but A as well. Protection for them was relief for A even though the actual physical acts might have been required to be perfor ned outside the jurisdiction."[255]

It is not always easy to determine whether there is any immunity agreement to enforce. This difficulty is made clear by the recent case of *Demers*.[256] There, the accused appealed against convictions on several charges, arguing that the trial judge should have stayed the charges against him. In his motion before the trial judge, the accused had alleged that two police officers had promised him that proceedings on charges of this nature would be stayed if he provided information about a homicide, and that he had been told that a representative of the Crown attorney's office had approved of this arrangement. Prosecuting the accused on these charges, it had been argued, was an abuse of process and infringed *Charter* sections 7, 9, 11 and 12. "Unfortunately," as Kaufman J.A. later noted on behalf of the Quebec Court of Appeal, however, "the Crown Attorney in question could not recall with certainty what had occurred ...."[257] In his testimony on the motion, he conceded that "if [Demers] was not involved in the murder"[258] and "if there had been a question of him testifying against the others," then "at that time steps would have been taken."[259] However, he added: " ... I doubt that at the outset I negotiated that with the police officers or said that the proceedings against Demers would be completely stayed in exchange for whatever."[260] He went on to agree with the statement (relating, apparently, to the content of his discussion with the police officers with whom the accused had been speaking[261]) that he had been "in complete agreement that [Demers] remain at liberty in order to collaborate with the police in clearing up the murder of Robert Vallée."[262]

---

253. *Ibid.*

254. *Ibid.*

255. *Ibid.*

256. *Supra*, note 135.

257. *Ibid.* at 56. The Crown attorney testified, at 56, in part as follows:

> Q. To your knowledge, was there any undertaking brought to your attention and which you would have acquiesced to, or that you would have refused, to the effect that there would be a stay of the proceedings against Demers on the charge of robbery on October 1st?
>
> A. As I told you before, I do not remember precisely. I strongly doubt undertaking at that time to do something of that nature.

258. *Ibid.*

259. *Ibid.*

260. *Ibid.*

261. As the Court said, *ibid.*, *per* Kaufman J.A.: "We are told that the purpose of this consultation was to obtain a temporary stay of the robbery charges so that Demers could remain at liberty while aiding the police."

262. *Ibid.*

In his efforts to determine whether there had been an immunity agreement and, if so, whether that agreement had been breached, Kaufman J.A. referred to the allegations in the accused's motion and said:

> If I may say at the outset, this is the type of situation which is brought about by "deals" made by suspects and the police. The problem is compounded where, as here, the Crown intervenes. Because of the nature of these "arrangements," nothing is reduced to writing, and it is, therefore, not surprising that undertakings so reached are subject to misinterpretation. This is a risk inherent in the process, and while it may be necessary for the authorities to offer inducements in return for information, it is not easy for the courts to untangle, *ex post facto*, the claims, sometimes sincerely made, of the parties involved.
>
> . . .
>
> I stress again that, in my view, an offer of immunity, in an appropriate case, is not necessarily a bad thing *per se*. Nor am I surprised that the Crown Attorney, giving evidence almost a year and a half after the events, could no longer recall the details.[263]

Even if the existence of an immunity agreement is proved, its contents or interpretation may be disputed.[264] In *Re Smith and The Queen*,[265] Crown counsel had told the accused, who was charged with possession of marijuana for the purposes of trafficking, "that if he did decide to turn in this other marihuana, other than the stuff which had been seized, that no charge would be laid with respect to that marihuana."[266] The accused thereupon turned over the marijuana, but was charged with two additional counts of conspiracy on the footing "that the two counts of conspiracy are not covered by the deal, that [Crown counsel's] promise extended merely to the possibility of a charge of possession or of trafficking being laid, and went no further."[267]

---

263. *Ibid.* at 55, 56.

264. See *Re Bruneau and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 200 (B.C.S.C.), where the accused applied for *mandamus* to require an abuse of process argument to be considered. The accused alleged, in effect, that there had been a combined plea and immunity agreement which the Crown had breached. It is unclear from the report, however, whether the Crown was denying the existence of the agreement, its contents, the accused's fulfilment of his obligations under it, or the Crown's breach of it. Spencer J. said in part, at 201, 202:

> The applicant is charged with breaking and entering with intent and with breaking and entering and committing an indictable offence. He alleges that at the time he was first charged the Crown entered into an agreement with him that if he would reveal the whereabouts of a large cache of marijuana and plead guilty to a charge of possession of marijuana for the purpose of trafficking, he would not be proceeded with on these charges, provided also that he would agree to submit to a lie-detector test in connection with their circumstances. He alleges that pursuant to that agreement he revealed the cache to the police, pled guilty to the drug charge and was prepared to undergo the lie-detector test but was unable to keep the appointment fixed by the police for it. He alleges that subsequently he offered to make himself available for the test but that the police refused him a second opportunity and that the Crown has subsequently, based on his refusal to take it, proceeded with these charges. I emphasize that those are allegations.
>
> . . .
>
> When this matter first came before me on an application for a writ of prohibition . . . Crown counsel conceded that if the facts were as alleged by the applicant they would amount to an abuse of process by the Crown but the Crown does not admit the truth of the allegations . . . .

265. *Supra*, note 235.

266. *Ibid.* at 271.

267. *Ibid.*

In *R.* v. *Georgiadis*,[268] an Australian case, the Court was required to determine the extent of the immunity that had been provided to the accused notwithstanding that the Attorney General's undertaking to the accused had been reduced to writing. In the course of delivering his judgment, Ormiston J. of the Supreme Court of Victoria stated that the agreement should be construed "in the same way as an ordinary agreement,"[269] but that "it is desirable that it should be given a benevolent construction in favour of the person to whom it is given."[270] Having said "that these undertakings must be . . . construed bearing in mind the public interest in bringing criminals to justice,"[271] His Lordship added: "I do not believe I should read the document narrowly so as to defeat the policy interest in giving such indemnities, whatever might be the precise legal character of the undertaking."[272]

Another difficulty with enforcement of immunity agreements lies in determining whether the informer or witness has fulfilled his or her part of the bargain. This is evident in *Demers*.[273] There, where the accused argued that he had been promised immunity with respect to certain charges in exchange for information relating to a homicide, the police had ended up charging the accused with murder in connection with that killing and had laid the charges to which the alleged immunity related after the accused was acquitted on the murder charge. In disposing of the appeal, the Quebec Court of Appeal said:

> Did the accused aid the police? The evidence is far from conclusive. On the one hand, as the trial judge noted, he failed to keep an appointment with one of the suspects at which the police hoped to record, by means of a hidden transmitter, the conversation which might ensue. On the other hand, Demers did make a declaration in which he incriminated two persons. As the judge said, [TRANSLATION] "That's all, but it is also a lot, that's true." As noted in the motion, these two persons eventually pleaded guilty to reduced charges of manslaughter.
>
> It may, of course, be that the police subsequently discovered that the accused was far more implicated in the murder than was at first believed, and that is why he was charged with the murder. As stated above, he was acquitted on this charge, and it was at that point that he was rearrested and charged in connection with the robbery. The acquittal, incidentally, has been appealed by the Crown.[274]

---

268. [1984] V.R. 1030.

269. *Ibid.* at 1037.

270. *Ibid.*

271. *Ibid.* at 1038, citing Smith, *supra*, note 12 at 324, and *Turner* v. *Director of Public Prosecutions*, *supra*, note 116 at 73.

272. *Georgiadis*, *supra*, note 268 at 1040.

273. *Supra*, note 135.

274. *Ibid.* at 52, Kaufman J.A.

CHAPTER FOUR

Our Reform Proposals

As we suggested at the beginning of this working paper, we consider that entering into agreements to provide immunity from prosecution may be an appropriate exercise of prosecutorial discretion from time to time. As we also suggested, however, we believe that agreements of this nature need to be regulated. In the interest of advancing the principles we referred to earlier on (particularly those of fairness and efficiency), therefore, and to help ensure that the exercise of prosecutorial discretion in this area is placed on a rational footing, we have developed a number of rules to govern the process of providing immunity.

Our rules are not comprehensive, but are intended to serve as a basic framework. While some of them may be suitable for legislative implementation, others will be more appropriate for adoption in the form of uniform guidelines. Although we have made no firm decision on this question, it strikes us that recommendations 1, 2, 4 and 13 to 16 lend themselves best to legislative expression.

I. Immunity Agreement Defined

RECOMMENDATION

1. The term "immunity agreement" should be defined as any agreement by the Crown to refrain from prosecuting a person or group for a crime or crimes, or to terminate any prosecution of a person or group, either wholly or partially in return for the provision of evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit.

Commentary

This recommendation summarizes the exchange of consideration that is the essence of all "immunity from prosecution" agreements. It is worded broadly, in recognition of the various purposes that immunity agreements may serve,[275] and to encompass the various forms of consideration that persons may be required to provide in order to obtain immunity.[276]

The definition deals with both "pure" immunity agreements and hybrid agreements in which immunity and plea agreements are combined. As discussed earlier, we are mindful of the fact that incomplete forms of immunity exist, and that immunity agreements may be combined with plea agreements. Where a guilty plea is involved, it is our position that our proposed regime for plea discussions and agreements should always apply.[277] However, we see nothing inconsistent with having both regimes apply when plea and immunity agreements are made simultaneously, and we believe this can be accommodated. Ultimately, we consider that immunity and plea agreements can be dealt with within the context of a single, comprehensive regime.

The word "terminate," used in this recommendation, must be read in the light of the proposals we have made in another recent working paper (Working Paper 62) entitled *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*.[278] In that paper, we pointed out that there were various ways in which the Crown could terminate a prosecution at present, and that the consequences of termination depended on the method chosen.[279] We recommended *inter alia* that "[t]he Attorney General's statutory power to stay proceedings and common-law power to withdraw charges should be abolished"[280] and that "[t]hose powers should be replaced by a statutory power to discontinue proceedings, by entering either a temporary or permanent discontinuance."[281] By virtue of the proposals we have made in Working Paper 62,[282] the Crown's ability to prosecute a person who has not lived up to the terms of an immunity agreement may continue to be affected (although somewhat differently) by the method of termination selected or agreed upon.[283]

---

275. Our rules do not specifically address immunity for defence witnesses, but are not designed to preclude it. See *Chambers*, *supra*, note 101; Thomas D. Dinackus, "Defense Witness Immunity in New York" (1985-86) 71 Cornell L.R. 890.

276. In *Betesh*, *supra*, note 14, an unusual case that would be covered by our definition, the Crown had agreed not to prosecute any of the members of certain postal unions in order to settle a strike. In holding the prosecution in that case to be an abuse of process, Graburn Co. Ct J. remarked, *supra*, note 14 at 238: "One might very well query the wisdom of the federal authorities in giving an undertaking not to prosecute criminal offences occurring during the strike with the object of terminating it; however, it is not with the wisdom of the undertaking with which the Court is concerned."

277. See LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1.

278. LRC, Working Paper 62, *supra*, note 15.

279. *Ibid.* at 99-101.

280. *Ibid.*, rec. 34 at 101.

281. *Ibid.*

282. See *ibid.*, recs 35-45 at 102-14.

283. See rec. 14, below at 66.

II. The Authority to Provide Immunity

RECOMMENDATION

2. Only the Attorney General, the Attorney General's deputy, the Director of Public Prosecutions and their respective agents should have the authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown.

Commentary

This recommendation establishes who should be permitted to act in providing immunity. It should be read in conjunction with recommendation 3, which requires consideration of the public interest. As this recommendation indicates, we consider the primary guardian of the public interest to be the Attorney General.[284]

Our recommendation does, however, take into account the proposals we have made in Working Paper 62,[285] concerning the creation of the office of the Director of Public Prosecutions. As we stated there, the Director "should be in charge of the Crown Prosecution Service, and should report directly to the Attorney General,"[286] he or she "should have all of the criminal-law-related powers of the Attorney General, including any powers given to the Attorney General personally,"[287] and "[t]he Attorney General should also retain these powers."[288] It was our view that "[t]he Attorney General should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to the Director"[289] and that, in turn, "[t]he Director should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to Crown prosecutors."[290]

By virtue of this recommendation and the recommendations in Working Paper 62, both the Attorney General and the Director would have the power to provide immunity. (In this respect, the situation would be similar to that existing in England.[291]) Both would

---

284. See, on this point, Ratushny, *supra*, note 18 at 400-01.

285. LRC, Working Paper 62, *supra*, note 15.

286. *Ibid.*, rec. 1 at 53.

287. *Ibid.*, rec. 9 at 54.

288. *Ibid.*

289. *Ibid.*, rec. 7 at 53.

290. *Ibid.*, rec. 8 at 54.

291. For a discussion of the respective powers of the Director of Public Prosecutions and the Attorney General in this regard, see Edwards, *supra*, note 14 at 459-74.

also have the power to issue guidelines and directives concerning the provision of immunity, and we would expect those guidelines to deal, among other things, with circumstances in which immunity agreements may be entered into by representatives of the Attorney General or Director of Public Prosecutions.

Although we recognize that immunity agreements may originate with discussions between informers and police officers as a matter of practice, we do not believe that the police should be empowered to conclude immunity agreements on their own.[292] The police, in our view, lack the political accountability essential to perform that function; for this reason, "unofficial" immunization of police informers (that is, agreements by the police to refrain from charging) ought to be discouraged as well.[293] We realize that police officers must have a reasonable degree of latitude and discretion in performing their function as enforcers of the law.[294] As the McDonald Commission has suggested, for example, police officers should have the discretion to forego charging some offenders if it would jeopardize the undercover investigation of more serious offences; in these circumstances, selective law enforcement should not be regarded as a "breach of trust."[295] As the McDonald Commission has also suggested, however, different considerations should apply where the police simply fail to uphold the law in order to maintain the flow of information from an informant.[296]

RECOMMENDATION

3. The authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown should be exercisable when exceptional circumstances require that immunity be provided in the public interest and the benefit of providing immunity clearly outweighs the social cost of doing so.

---

292. See, on a related point, *Kirzner* v. *The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487 at 491, *per* Laskin C.J.C., speaking for himself and Spence, Dickson and Estey JJ.: "The police, or the *agent provocateur* or the informer or the decoy used by the police do not have immunity if their conduct in the encouragement of a commission of a crime by another is itself criminal. Of course, whether they are prosecuted is a matter for the Crown attorneys and ultimately, for the Attorneys-General." See also *R.* v. *Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230 (C.A.).

293. See, on this question, Joseph Goldstein, "Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice" (1960) 69 Yale L.J. 543 at 562-73. We are supported in our view by input from a number of police representatives with whom we have consulted. We have taken no position as to what would be an effective method for discouraging unofficial immunization by the police, although it strikes us that disciplinary action is one option.

294. See Canadian Committee on Corrections, *Report of the Canadian Committee on Corrections: Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ottawa: Information Canada, 1969) at 45-46 (Chair: R. Ouimet).

295. See McDonald Commission, *supra*, note 2 at 315.

296. *Ibid.* See, on the issue of discretion and the use of informers by the police, Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (Toronto: Carswell, 1983) at 38-43.

Commentary

This recommendation both acknowledges the legitimacy of entering into immunity agreements, in appropriate circumstances, and defines the general circumstances in which doing so should be permissible. The first branch of the test that we propose demands that the power to enter into immunity agreements be used sparingly; it calls for consideration of the public interest and, by using the word "require," makes it clear that necessity, rather than convenience, should govern.[297] Providing immunity may be necessary to achieve a variety of goals that are in the public interest, and it would be impossible for us to enumerate them all in this recommendation. Immunizing certain persons may be necessary to further a particular prosecution; to gain information about particular crimes (for example, the location of bodies) in order to help alleviate suffering; to gain information necessary to protect the public or particular individuals from imminent danger; to help settle a labour dispute or quell civil unrest, and so on. The public interest, of course, must be distinguished from personal advantage;[298] however, it need not necessarily coincide with fluctuating public opinion.

---

297. Both necessity and the public interest are referred to in the United States Department of Justice form from which much of rec. 3 is adapted. See *infra*, note 304.

298. Cases dealing with the subject of contracts entered into for private advantage are of interest on this point. See, *e.g.*, *Morgan* v. *McFee* (1908), 14 C.C.C. 308 (Ont. H.C.), where the Court upheld a judgment in which the trial judge had said, at 310, that "[i]t is, of course, against public policy, in all cases where a charge is made involving the public interest, that the prosecution should be dropped by the parties entering into such an agreement, and any contract founded upon such agreement is an absolute nullity." See also *Keir* v. *Leeman and Pearson* (1844), 6 Q.B. 308 at 321, 115 E.R. 118 at 124 (quoted by Walsh J. in *Johnson* v. *Musselman* (1917), 37 D.L.R. 162 at 164 (Alta S.C.A.D.)), where Lord Denman C.J. said that "if the offence is of a public nature, no agreement can be valid that is founded on the consideration of stifling a prosecution for it." In *Windhill Local Board of Health* v. *Vint* (1890), 45 Ch. D. 351 at 363, Cotton L.J. said:

> [T]he Court will not allow as legal any agreement which has the effect of withdrawing from the ordinary course of justice a prosecution when it is for an act which is an injury to the public. It would be the case of persons taking into their own hands the determining what ought to be done; and that ought not to be taken into the hands of any individuals . . . but ought to be left to the due administration of the law, and to the Judges, who can determine what in the particular case ought to be done. I think it goes beyond saying, that in the particular case there can be or cannot be any evil to the public; but you are taking the administration of the law, and the object which the law has in view, out of the hands of the Judge and putting it into the hands of a private individual. That to my mind is illegal.

Similarly, in *Whitmore* v. *Farley* (1881), 45 L.T. 99 at 101, Lush L.J. stated:

> Every agreement . . . by which a prosecutor, in consideration of a private benefit, has consented to compound or withdraw from a charge of felony is one which, on account of its illegality, the court will not enforce. There is certainly no legal obligation on a person who has suffered injury by the commission of a felony to prosecute the person who has committed the crime; but if he has once instituted the prosecution, he has acted on behalf of the public, and used the name of the sovereign as representing the public, and cannot legally enter into an binding agreement to discontinue the prosecution. The cases clearly establish that any such agreement in consideration of a benefit to the prosecutor is illegal and cannot be enforced.

And see *Peoples' Bank of Halifax* v. *Johnson* (1892), 20 S.C.R. 541; *Johnson* v. *Musselman*, *supra*; *Hawkes* v. *Waugh*, [1948] 3. D.L.R. 397 (N.B.S.C.A.D.), all cited in G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1986) at 358-59.

In *Hendry* v. *Zimmerman*, [1948] 1 W.W.R. 385 at 391 (Man. C.A.) (also cited by Fridman, *supra* at 358), Coyne J.A. said that an "[a]greement to give compellable evidence . . . was without consideration . . . ."

The second branch of recommendation 3's test demands a clear recognition of the social cost attached to immunity agreements; it requires that any immunity agreement be clearly justifiable, notwithstanding that cost. The more serious a crime is, of course, the more difficult it will be to justify providing immunity for it. If immunity were to be granted for a bank robbery, for example, the benefit to the public would have to be considerable to counterbalance the inevitable frustration of the community's sense of justice. The immunized person's assistance in bringing a minor offender to justice would not tip the scales; however, that person's assistance in neutralizing a threat to national security might.

Recommendation 3 should be read in conjunction with recommendation 5. Both contemplate guidelines rather than legislation. A mere failure by the Attorney General, or his or her representative, to apply recommendation 3's test, or to weigh the factors set out in recommendation 5 in doing so, should not alter the effectiveness of an immunity agreement as a bar to prosecution.[299]

RECOMMENDATION

4. The authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown should not include the authority to dispense prospectively with the application of laws to particular persons or groups.

Commentary

This recommendation reflects our view that the blanket, prospective exemption of certain individuals or groups from the application of valid laws would amount to a usurpation of the powers of Parliament. It is consistent with the ruling in the *Catagas* case,[300] discussed above. The recommendation would in no way limit the authority of "the Attorney General, the Attorney General's deputy, the Director of Public Prosecutions and their respective agents"[301] to provide immunity to groups for past crimes. Nor would it detract from any power of Parliament to exempt particular persons or groups from the application of the law statutorily.

---

299. See rec. 14, below at 66.

300. *Supra*, note 120.

301. See rec. 2, above at 47.

III. Whether to Provide Immunity: Factors to Be Considered

RECOMMENDATION

5. In deciding whether to enter into an immunity agreement, the Crown should consider

(a) where evidence or information is involved, whether there are other indicators tending to confirm that the evidence or information is true;[302]

(b) the gravity of any crime concerning which evidence, information, co-operation, assistance or other benefit is to be provided;[303]

(c) the gravity of the crime(s) to which the immunity agreement would relate;

(d) the importance of the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit to be provided;[304]

(e) whether it is possible to obtain the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit in another manner;[305]

(f) the gravity of the involvement of the person proposed to be immunized in any crime(s) to which the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit relates,[306] **and the degree of that person's guilt in comparison to the guilt of any person whose prosecution would be aided by the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit;**[307]

(g) the criminal history of the person proposed to be immunized;

(h) the number of occasions on which, and the circumstances in which, the person proposed to be immunized has received immunity in the past;[308]

---

302. Adapted from "Decision making" *Evening Post* (25 October 1984) (Wellington, N.Z.), quoted in C.B. Cato, "Queen's Evidence in New Zealand: The Case of *R.* v. *McDonald*" [1984] N.Z.L.J. 398 at 402. See also Richard L. Thornburgh, "Reconciling Effective Federal Prosecution and the Fifth Amendment: 'Criminal Coddling,' 'The New Torture' or 'A Rational Accommodation'?" (1976) 67 J. Crim. L. & Criminology 155 at 158-59.

303. Adapted from: "Decision making," *ibid.*; Thornburgh, *ibid.* at 158.

304. Adapted from: "Decision making," *ibid.*; Thornburgh, *ibid.* at 158; and a 1978 United States Department of Justice compulsion order application authorization request form (Form OBD-111-A) [hereinafter U.S. compulsion order form].

305. Adapted from U.S. compulsion order form, *ibid.*

306. Adapted from: "Decision making," *supra*, note 302; Thornburgh, *supra*, note 302 at 158.

307. Adapted from U.S. compulsion order form, *supra*, note 304.

308. *Ibid.*

(i) whether the goal of public protection would be better served by the obtaining of the proposed evidence, information, co-operation, assistance or other benefit, or by the conviction of the person proposed to be immunized;[309]

(j) the likelihood that, without immunity, the person proposed to be immunized could be convicted of the crime(s) to which the immunity agreement would relate;[310]

(k) the interests of any victims; and

(l) whether other persons, such as the police, oppose the provision of immunity to the person proposed to be immunized and, if so, their reasons.[311]

Commentary

Recommendation 5 adopts as sound a number of considerations that others have articulated from time to time for the purpose of placing immunity decisions on a rational footing. The criteria are not weighted — that is, their importance relative to one another has not been pre-determined; they do not, by themselves (for example, through the application of some mathematical formula), dictate the circumstances under which immunity should be provided or refused. We have refrained from making any hard and fast rules in this respect, although we have asserted a general principle in recommendation 3.

Paragraph (a), like paragraphs (b) and (d), discussed below, relates to the value of the consideration the Crown is to receive. Uncorroborated evidence or information, for example, will be less valuable to the Crown than evidence or information that is corroborated. The word "indicators," in paragraph (a), is a broad term intended to cover more than just evidence (in the strict sense).

Paragraph (b) states a criterion essential to any assessment of the value of the consideration that the Crown will be receiving, namely, the gravity of any offence that the immunity will help to prosecute. (We intend the word "gravity" to allow consideration not merely of the potential penalty attached to the offence in question, but of the circumstances attending its commission as well.) It is clear from recommendation 3 that we regard the power to provide immunity as one that should be exercised sparingly.

Paragraph (c) relates to the consideration flowing from the Crown. It would require that the gravity of the offence for which immunity is asked be assessed and that it be weighed, for example, against the gravity of the offence to which the proffered "evidence,

309. Adapted from statement of Sir Michael Havers, U.K., H.C., *Parliamentary Debates*, 6th ser., vol. 12, col. 12 (9 November 1981), quoted by Smith, *supra*, note 12 at 302.

310. Adapted from "Decision making," *supra*, note 302.

311. Adapted from U.S. compulsion order form, *supra*, note 304.

information . . . " and so forth relates. We tend to agree with Professor A.T.H. Smith's view that there should, in theory, be no criminal offence for which immunity cannot be granted provided that political accountability for immunity decisions is assured.[312] As Professor Smith has pointed out, there are situations in which persons granted immunity for their participation in even the most grave offences have sometimes been instrumental in securing the conviction of numerous other serious offenders.[313]

Paragraph (d) is self-explanatory. Like paragraph (a), it is concerned with the consideration the Crown will receive.

Paragraph (e) would require that some thought be given to less drastic alternatives to providing immunity. The most obvious alternative, perhaps, would be to use a different source — that is, one who requires nothing in return. Another alternative would be to conclude a plea agreement involving only sentence concessions on the part of the Crown.

Paragraph (f) is concerned with the question of whether the right person is being immunized. Where there are several persons involved in a particular offence, for example, we favour the proposition that it would rarely (if ever) be appropriate to immunize the most guilty offender in order to obtain evidence against the others.[314] Nor, ordinarily, would we consider it appropriate to provide immunity on a "first come, first served" basis; we agree with the suggestion of one commentator that, while this approach may be justified where the offenders involved are indistinguishable in terms of their respective degrees of guilt, in other cases determining who (if anyone) should receive immunity requires a global assessment as to which prosecutions advance the interest of the public.[315]

Paragraph (g) relates to paragraph (i) and to the question of how important it is to prosecute the person proposed to be immunized.

Paragraph (h) would demand an examination of the Crown's past relationship with the person seeking immunity. Generally speaking, a history of immunization and repeated offences should operate as a negative factor; a pattern of this sort may indicate that the process of immunization (where this offender is concerned) is taking on the character of a licensing arrangement.

---

312. Smith, *supra*, note 12 at 325. Our recommendations do attempt *inter alia* to ensure political accountability. See, *e.g.*, rec. 2, above at 47, and rec. 16, below at 69-70.

313. Smith, *ibid.*

314. See Warren D. Wolfson, "Immunity — How It Works in Real Life" (1976) 67 J. Crim. L. & Criminology 167 at 178, where this point is discussed.

315. See William J. Bauer, "Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System" (1976) 67 J. Crim. L. & Criminology 143 at 151.

Paragraph (i) relates back to paragraphs (c) and (g) and to the question of what the Crown may be giving up by agreeing to provide immunity from prosecution in a given case. It invokes a principle we have discussed elsewhere in our work on criminal procedure — that of protection.[316] "Public protection" is a concept somewhat narrower than, but certainly related to, "the public interest."

There may be occasions on which, notwithstanding the dangerousness of a particular offender who seeks immunity, the perceived need to protect the public against that offender has been alleviated. This may be the case, for example, where the offender seeking immunity is already serving a substantial term of imprisonment or, perhaps, where the subject of the proposed immunity is in custody awaiting trial for a serious crime in another jurisdiction. The latter scenario is suggested by the relatively recent case of *R.* v. *Branco*.[317] There, the accused and an alleged accomplice had been charged with a number of serious offences after two masked men broke into the complainant's residence, assaulted her sexually and robbed her. Although the accused "denied taking part in any of the alleged offences,"[318] the alleged accomplice "admitted his involvement and testified at the preliminary hearing of the [accused] . . . ."[319] As the Ontario Court of Appeal went on to say:

> He left Canada prior to cross-examination and went to California, where he was charged with murder, robbery and grand auto theft. He agreed to testify in Los Angeles on commission on the undertaking of Crown counsel that the charges arising against him in Canada would be dropped. No such arrangement had been made prior to his testimony at the preliminary hearing, but such an undertaking was given to him with respect to his commission evidence . . . .[320]

Paragraph (j), like paragraph (c), relates to the value of the consideration flowing from the Crown. Where conviction is unlikely, the Crown will be giving up less by providing immunity than it will where conviction is more probable.

Paragraph (k) would require the Crown to consider the interests of victims of the offence in respect of which immunity would be provided, as well as the interests of any victims of an offence that the provision of immunity would help to prosecute.[321] The interests of victims, of course, might not be uniform; some victims might have a greater interest than others in ensuring that the guilty party is convicted, or in avoiding the ordeal of a trial.

---

316. See LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 27-28, where that principle is explained; LRC, *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention*, Working Paper 57 (Ottawa: The Commission, 1988) at 29.

317. (1988) 62 C.R. (3d) 371.

318. *Ibid.* at 372, Finlayson J.A.

319. *Ibid.*

320. *Ibid.*

321. We are inclined here to adopt the opening words and paragraph (*a*) of the definition "victim," set out in *Criminal Code* s. 735(1.4). It states:

> (1.4) For the purposes of this section, "victim", in relation to an offence,
>
> (*a*) means the person to whom harm is done or who suffers physical or emotional loss as a result of the commission of the offence, ...

Paragraph (l) is designed to ensure that input from those with a legitimate interest in the decision, where it is available, is given due consideration.

IV. Conduct in Respect of Immunity Agreements

RECOMMENDATION

6. (1) No improper inducement should be offered on behalf of the Crown for the purpose of encouraging a person to conclude an immunity agreement.

(2) The term "improper inducement" should be defined as any inducement that necessarily renders suspect the genuineness of an immunity agreement, and as including the following conduct:

(a) the laying of any charge not believed to be supported by provable facts;[322]

(b) the laying of any charge that is not usually laid with respect to an act or omission of the type attributed to the accused;[323]

(c) a threat to lay any charge of the type described in paragraph (a) or (b);[324]

(d) any offer, threat or promise the fulfilment of which is not a function of the maker's office;[325] **and**

(e) any material misrepresentation.

Commentary

This recommendation is similar to certain recommendations in our working paper on *Plea Discussions and Agreements.*[326] In the present context, the recommendation is designed to guard against practices that are inherently unfair or that might affect the reliability of evidence or information provided as the result of an immunity agreement.

Part (1) recognizes, and attempts to reduce, the possibility of overreaching by the authorities. Paragraphs (2)(a), (b) and (c) are aimed at actual and threatened "overcharging."

---

322. Adapted from the American Law Institute, *Model Code of Pre-arraignment Procedure* (Philadelphia: The Institute, 1975), s. 350.3(3)(a) at 244.

323. Adapted from *ibid.*, s. 350.3(3)(b) at 245.

324. Adapted from *ibid.*, s. 350.3(3)(a) and (b) at 244-45.

325. See the definition of plea negotiation in Stanley A. Cohen, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice* (Toronto: Carswell, 1977) at 179.

326. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 3 at 40-41, and rec. 5 at 45.

Paragraph (2)(d) would encompass violence, threatened violence and so forth. It would also encompass bribery (the appearance of which may admittedly be difficult to avoid in cases where funds are required to relocate an immunized person or provide him or her with a new identity or both, livelihood and so forth). Under paragraph (2)(d), the expenditure of funds for which the person making the expenditure is accountable, in accordance with established guidelines, would be "a function of [that person's] office"; however, payments from personal or illegitimate funds would not.

Although paragraph (2)(d) is broad enough to cover an inducement that misrepresents the legal authority of the person offering it (for example, an offer or promise by a Crown attorney to grant a pardon personally), it is the broader wording of paragraph (2)(e) that is designed to deal with trickery generally.

RECOMMENDATION

7. (1) A prosecutor should not, when a person has retained counsel, have immunity discussions with the person in the absence of that person's counsel.

(2) A prosecutor with whom an unrepresented person wishes to have immunity discussions should inform the person that

(a) representation by counsel may be advantageous to the person, and

(b) if the person cannot afford to retain counsel, he or she should ascertain from the provincial legal aid plan whether he or she is eligible for assistance,

and should not thereafter have immunity discussions directly with the person unless the person has informed the prosecutor unequivocally that he or she does not intend to retain counsel.

Commentary

This recommendation is similar to a recommendation made in our working paper on *Plea Discussions and Agreements*.[327] Its primary basis is the principle of fairness.[328] As with plea negotiation, immunity negotiation is best conducted through counsel.[329]

---

327. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 7 at 46.

328. Sherman, *supra*, note 23 at 58, has noted that, although fairness is the more compelling justification for ensuring legal representation at immunity discussions, efficiency has been raised by some as another consideration. Sherman has disputed the argument that legal representation promotes efficiency.

329. See *Mathias*, *supra*, note 215.

We have been informed that, in some circumstances (those related, for example, to the person's concern for personal safety), a prospective informer may wish to keep his or her counsel unaware of ongoing immunity discussions. Although the appropriate solution in these circumstances might be for the informer simply to dismiss counsel, it could also be argued that the informer (who may be happy with his or her choice of counsel) should not have to take this step — that he or she should be entitled, in other words, to separate the purposes for which he or she does and does not wish to retain counsel. Although negotiating with an individual, particularly an accused person, without the knowledge of the individual's lawyer may place Crown counsel in an awkward position, we would be interested in receiving views as to whether it should nevertheless be permissible in certain circumstances (for example, where the individual has informed the prosecutor unequivocally that he or she does not wish to have counsel present).

RECOMMENDATION

8. A prosecutor who concludes an immunity agreement should endeavour to ensure that victims are informed of the agreement and the reasons for it, at an appropriate time, unless circumstances make it impractical to do so or compelling reasons such as a likelihood of serious harm to the immunized person or to another person require otherwise.

Commentary

This recommendation is designed to help maintain respect for the criminal justice system. It is similar to a recommendation made in our *Plea Discussions and Agreements*[330] working paper. It states a general rule that would not have to be complied with if "circumstances make it impracticable" or in cases where it would be unsafe.

In essence, this recommendation would regularize the practice apparently followed in the *Demers* case.[331] There, the accused had faced a number of charges arising out of a robbery, and a Crown attorney had testified that he had "probably approved"[332] an immunity agreement made with someone who, as the Quebec Court of Appeal put it, "was implicated in the robbery"[333] but who "had supplied the police with useful information against [Demers]"[334] — apparently on a murder charge of which Demers was

330. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 11 at 51.

331. *Supra*, note 135.

332. *Ibid.* at 57.

333. *Ibid.*, Kaufman J.A.

334. *Ibid.*

subsequently acquitted. In the course of his testimony, the Crown attorney stated that he had discussed the informant's situation "with the victim of the robbery who wanted explanations because he did not understand." He continued: "I explained the system to him and that when there were agreements, that we kept them."[335]

V. The Form and Contents of Immunity Agreements

RECOMMENDATION

9. (1) An immunity agreement that provides immunity in respect of a grave crime or series of crimes, so designated by the Attorney General in guidelines for the purposes of these rules, or that requires a person to provide evidence, should be required to be written or otherwise recorded, and should be required to indicate

(a) the person entering into the agreement to obtain immunity;

(b) the person or persons to whom the immunity is provided;

(c) the person entering into the agreement as a representative of the Attorney General;

(d) the acts or omissions in respect of which the immunity is provided;

(e) the form the immunity will take;

(f) the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit to be provided in exchange for the immunity;

(g) any additional commitments made by the parties, including the specifics of any financial expenditures to be made by the Crown; and

(h) what will amount to a breach of the agreement, and the consequences of such a breach.

(2) It should be mandatory that anyone entering into a written or otherwise recorded immunity agreement with the Crown or with anyone on behalf of the Crown be given a copy of the agreement immediately after its conclusion, and be required to provide a written acknowledgement that he or she has received a copy of it.[336]

---

335. *Ibid.*

336. Compare the similar proposal by Cato, *supra*, note 302 at 404.

Commentary

This recommendation is designed to alleviate the sort of after-the-fact confusion apparent in many of the reported cases dealing with an alleged failure of one side or the other to live up to the terms of an immunity agreement. It reflects our allegiance to the principles of clarity[337] and efficiency.[338]

An important feature of part (1) is that it would require the Attorney General, in guidelines, to designate crimes of a nature serious enough to require that any agreement providing immunity for them be recorded and reported.[339] (Clearly, in our view, it would be unnecessarily cumbersome to require recording and a report every time a minor charge is dropped — for example, in the course of a combined immunity and plea agreement.) Part (1) would also require the Attorney General to define the circumstances in which a series of crimes, perhaps not grave when considered individually, would amount to a "grave ... series of crimes" for recording and reporting purposes. We recognize that this exercise involves considerable discretion; however, that problem is inherent in guidelines in any event.

Part (1)'s requirement for the recording of any immunity agreement that requires the provision of evidence is not discretionary. The requirement is made mandatory for disclosure purposes.[340]

Paragraph (1)(a) is self-explanatory.

Paragraph (1)(b) recognizes the possibility that third parties may occasionally be involved as recipients of immunity,[341] although we envision that the person with whom the Crown makes the immunity agreement will generally be the person who is to be immunized.

Paragraph (1)(c) is self-explanatory.

Paragraph (1)(d) is concerned with the scope of the immunity envisioned. If the immunized person is to give evidence and receive immunity in respect of offences disclosed by that evidence, the failure to define the ambit of the immunity agreement with precision may have peculiar consequences. As one Canadian textwriter has suggested, such a failure could render the agreement a blank cheque, allowing the person, once in the witness-box, to confer unlimited immunity upon him- or herself by disclosing offences that were not disclosed at the time the immunity agreement was made.[342]

---

337. See LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 25.

338. See *ibid.* at 24.

339. See rec. 16, below at 69-70.

340. See rec. 13, below at 65.

341. See *R.* v. *Bulleyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429 at 445 (Ont. C.A.).

342. Ratushny, *supra*, note 18 at 401.

Although we are against providing this type of "blank cheque" immunity, we recognize that the parties may have a legitimate interest in drafting agreements that provide very broad immunity to a prospective prosecution witness. In the Australian case of *Georgiadis*,[343] where the accused faced charges arising out of a "shooting incident,"[344] the issue was whether an undertaking, given to the accused before he testified for the prosecution at another person's trial, had been worded broadly enough to ensure his immunity with respect to all offences he might testify about at that trial. Although the trial at which the accused had testified involved charges of conspiracy to import heroin, the accused had, as Ormiston J. put it, been "cross-examined in some detail about the events giving rise to the ['shooting incident'] charges and in the course of that trial admitted that he had fired the shot . . . ."[345] Under cross-examination, he had, moreover, "alleged that the shooting incident arose out of an attempt by [one of the accused in the drug trial] to have him killed."[346] In the course of holding that the undertaking immunized the accused from prosecution on the shooting charges, Ormiston J. noted the difficulty a party to an immunity agreement faces both in foreseeing the areas that his or her evidence might get into during cross-examination, and in controlling the extent of his or her testimony at that stage. He said:

> The accused was obliged to give evidence and the nature and course of the evidence could not be precisely predicted. In fact counsel for [one of the accused in the drug trial] considered it relevant to cross-examine as to the shooting incident. It was not for the accused to distinguish in the witness box what was relevant and what was not relevant. He might fairly assume that, if questions were asked and not objected to, then they were relevant to the charges then being heard. He knew not the course of the evidence and he was obliged to answer.[347]

Paragraph (1)(e) requires a statement as to how the immunity will be achieved — for example, by discontinuing[348] proceedings on existing charges, where necessary, or undertaking to discontinue future proceedings, should the need arise, and so forth.

Paragraph (1)(f) is concerned with the benefit the Crown will be receiving; it contemplates the recording of whatever detail is required to allow the making of a subsequent determination as to whether that benefit has been received. That paragraph is not intended to require the agreement to specify what a proposed witness will say; however, as recommendation 11 would require agreement that the witness's evidence be truthful, it may be that a recording of the witness's statement would be useful, should a subsequent prosecution for perjury be called for.

---

343. *Supra*, note 268.

344. *Ibid.* at 1031, Ormiston J.

345. *Ibid.*

346. *Ibid.*

347. *Ibid.* at 1039.

348. See the commentary to rec. 1, above at 46.

Paragraph (1)(g) refers to promises that may be considered as embellishments on the basic exchange of immunity for assistance. The immunity agreement may, for example, require the Crown to provide protection for the immunized person or his or her family (or both), to relocate the person (and his or her family), to provide changes of identity[349] or to provide material assistance. Or it may require the informant or witness to perform some additional task, such as taking a polygraph (''lie detector'') test.[350]

Paragraph (1)(h)[351] is self-explanatory.

Part (2) is premised, essentially, on the principles of fairness and efficiency.[352] It is designed, in particular, to enhance the value of evidence given by immunized witnesses. Its purpose is illustrated by the *McDonald* case.[353] There, the police had promised two witnesses in a murder prosecution that they would not be proceeded against if they gave truthful evidence at the accused's trial, and provided that they had not shot the victim themselves. Although the promises given by the police were superseded by undertakings given by the Solicitor-General to the witnesses that were not conditional on their not having shot the victim, it seems that these undertakings were not shown to the witnesses until either shortly before or during their testimony.[354] That being so, it was later argued by the accused's counsel that the trial judge had not dealt properly with the possibility that the original arrangement with the police remained ''a continuing inducement to them to swear falsely that McDonald fired the fatal shot.''[355] Although it had been held by New Zealand's Court of Appeal that the jury had been adequately instructed in this case, and this assessment was not disputed by the Privy Council, Lord Diplock made clear the Board's opinion ''that it is to be regretted that the Solicitor-General's undertakings were not shown to [the witnesses] before their depositions were taken and a written acknowledgment of receipt of the undertakings obtained''[356] and ''that this ought to be a routine practice whenever immunity from prosecution is offered in this form to an accomplice by a law officer of the Crown.''[357]

---

349. Adapted from U.S. Government co-operation agreement guidelines and non-prosecution agreement guidelines.

350. See *United States* v. *Irvine*, 756 F. 2d 708 (9th Cir. 1985), discussed by Sherman, *supra*, note 23 at 67.

351. Adapted from U.S. Government co-operation agreement guidelines and non-prosecution guidelines.

352. Part (2) may also advance the principle of accountability. For discussion of this principle, see LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 26.

353. *Supra*, note 114.

354. As Lord Diplock later said, *ibid.* at 199:

> It would appear that the undertaking to [one witness] was not actually shown to him until the *voir dire* that was held at the outset of the trial before Prichard J. in the absence of the jury, when objection was made to the admission of [these witnesses'] evidence; and that the undertaking to [the other witness] was not shown to him until, after the objection had been overruled, he was in course of giving evidence before the jury.

355. *Ibid.* at 201.

356. *Ibid.*

357. *Ibid.*

RECOMMENDATION

10. It should not be permissible for an immunity agreement to require a person to do anything unlawful, or provide immunity to any person in respect of crimes that he or she might commit in the future.

Commentary

This recommendation is straightforward. It would apply even in situations where undercover activity is thought to require the commission of a particular crime.[358] Although we believe that the Attorney General and his or her representatives must retain the after-the-fact discretion not to prosecute in circumstances where to do so would run counter to the public interest,[359] we consider it neither necessary nor desirable to provide what would amount to a licence to engage in criminal activity. In our view, adopting such a course of action could only be destructive of the rule of law.[360]

Precluding immunity from the prosecution of future crimes would mean, among other things, that an immunity agreement that requires a person to provide evidence could not require the Crown to refrain from prosecuting the person for perjury in respect of that evidence.

RECOMMENDATION

11. It should be mandatory for an immunity agreement that requires a person to provide evidence to require that the evidence so provided be truthful.

Commentary

This recommendation is based, in part, on the principle of fairness. Requiring truthfulness, in our view, is consistent with the state's obligation to ensure fair trials. It is also consistent with the state's obligation to maintain the integrity of the criminal justice system and to uphold the rule of law.

---

358. Committing various acts (including acts of violence) may, *e.g.*, be considered necessary in order for an undercover agent to become or remain accepted by a gang: see McDonald Commission, *supra*, note 2 at 304-07. Apparent "crimes" committed by an undercover agent may sometimes be saved by the application of certain defences; but see McDonald Commission, *ibid.* at 360-76.

359. See LRC, Working Paper 62, *supra*, note 15 at 76-84, 109.

360. See McDonald Commission, *supra*, note 2 at 541. We do not, however, preclude specific amendment to the law to exempt certain undercover agents from criminal liability in specific and clearly defined situations. See, on this point, McDonald Commission, *ibid.* at 541-44.

Recommendation 11 is also based on the principle of efficiency. As we suggested in our report on *Our Criminal Procedure*,[361] efficient procedure tends to be accurate procedure. In our view, forfeiting the ability to prosecute in return for deliberately inaccurate testimony, and securing convictions based on such testimony, would be inefficient in the extreme.

The inclusion of a provision requiring that the evidence of an immunized person be truthful no doubt reflects both common sense and standard practice. In the absence of such a provision, there is potential for some embarrassment. In *Turner* v. *Director of Public Prosecutions*, Lawton L.J. criticized the undertaking of immunity given by the Assistant Director of Public Prosecutions, saying in part that "[a]lthough it was implicit in the letter that the statements to be made by [the witness] should be truthful, it was most unfortunate that there was no express reference in the letter for the need for [the witness] to tell the truth."[362]

RECOMMENDATION

12. (1) It should be permissible for an immunity agreement to require the Crown to terminate, without regard to its merit, a private prosecution other than a private prosecution for perjury[363] in respect of evidence required to be provided under that agreement.

(2) It should be permissible for an immunity agreement that requires a person to provide evidence to require the Crown to ensure there is an independent review of any private prosecution of that person for perjury in respect of that evidence, and to terminate that prosecution if the review discloses that it is not meritorious and should not be carried forward.

Commentary

This recommendation recognizes that, to be effective, an immunity agreement may need to include protection against private prosecutions. Part (1) would, in general, enable protection to be provided against a private prosecution "without regard to its merit . . . ." In light of recommendation 11's requirement for immunity agreements to stipulate that evidence provided thereunder must be truthful, however, it would be contradictory to allow the same protection to be afforded against private prosecutions for perjury in respect of that evidence; for this reason, protection against such prosecutions is dealt with separately in part (2).

---

361. LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 24.

362. *Supra*, note 145 at 80.

363. "Perjury" here refers to the crime contemplated in clause 24(1) in LRC, *Recodifying Criminal Law: Revised and Enlarged Edition of Report 30*, Report 31 (Ottawa: The Commission, 1987) at 111. According to that clause, "[e]veryone commits a crime who makes a false solemn statement in a public proceeding for the purpose of influencing the outcome of such proceeding." Clause 1(2) in Report 31, at 11, defines "false solemn statement" as including "one which contradicts a solemn statement previously made by the same person in a public proceeding or as required by law."

Part (2) recognizes the potentially deterrent effect that the threat of a private prosecution for perjury may have on a person whose testimony the Crown wishes to obtain. We believe that the ability to provide the type of assurance referred to in part (2) is necessary in light of the indication in the reported cases that such a prosecution might be launched by the very person or persons against whom the Crown witness has testified. In *Raymond* v. *Attorney-General*,[364] for example (an English case), one of several accused persons initiated a private perjury prosecution against an individual whom the Court described as being "[a]mongst those implicated in the offences of which the defendants at the trial were accused,"[365] but whose "role was not . . . that of a defendant but of a witness for the Crown."[366] At the time the private prosecution was begun, the witness had testified at the accused's committal proceedings but the trial had not commenced. It was alleged by the accused that the witness "had committed perjury and other criminal offences in relation to the matters which had been the subject of the committal proceedings in which [the witness] had given evidence for the prosecution."[367] According to the Court, however, "[o]ne view of Mr. Raymond's initiative in instituting criminal proceedings against [the witness] at that time was that it was intended to inhibit, or at least to discredit, [the witness] in his role as a witness for the prosecution."[368] In these circumstances, the Director of Public Prosecutions took over the conduct of the accused's private prosecution and elected to call no evidence,[369] and the witness was discharged.

The sort of review that part (2) contemplates is alluded to in a relatively recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal (although there is no suggestion that the case involved an immunity agreement). In *Re Osiowy and The Queen*,[370] where a convicted accused began a private prosecution for perjury against a Crown witness, the Attorney General's agent directed a stay only after "[t]he Department of Justice instructed the R.C.M.P. to conduct an investigation into the allegations and in due course received a response that a charge of perjury could not be supported."[371]

---

364. [1982] 1 Q.B. 839 (C.A.).

365. *Ibid.* at 843, Sir Sebag Shaw.

366. *Ibid.*

367. *Ibid.* at 844.

368. *Ibid.*

369. As the Court noted, *ibid.*, *per* Sir Sebag Shaw:

> On July 16, 1979, Mr. John Wooler, a senior member of the Director's office, attended the St. Albans Magistrates' Court. He outlined the history of the matter to the bench and explained that it had become apparent from what Mr. Raymond had said when applying for the summonses that the allegations he intended to make against [the witness] had already been canvassed in the earlier committal proceedings. He went on to inform the court that the Director was satisfied in regard to a number of factors which, in his view, showed that the proceedings instituted by Mr. Raymond were vexatious and were designed to discredit [the witness] as a witness and not to bring him to justice in regard to the allegations on which the summonses were founded. Overall, the general public interest, and in particular the ends of justice, would be disserved if the summonses were proceeded with. Accordingly, so Mr. Wooler informed the court, he offered no evidence against [the witness].

370. (1989) 50 C.C.C. (3d) 189.

371. *Ibid.* at 190.

Part (2), we should emphasize, does not *require* that immunity agreements provide the protection it describes. Nor does it dictate the method to be used in terminating a private perjury prosecution once the review is completed.[372]

VI. Prerequisites to the Use of an Immunized Person's Evidence

RECOMMENDATION

13. (1) Where an immunity agreement has been concluded with a person whom the Crown intends to call as a witness, the Crown should be required to

(a) disclose the agreement to the accused so as to enable him or her to "make full answer and defence";[373]

(b) provide the accused, as required by our proposals relating to disclosure by the prosecution, with a copy of any statement made by the witness in relation to the subject-matter concerning which that witness will be testifying;[374] and

(c) disclose to the accused, so as to enable him or her to "make full answer and defence," all occasions, of which the prosecutor is aware, on which the witness has received immunity in exchange for providing evidence.

(2) Before disclosing an immunity agreement to the accused, the Crown should be able to apply for an order permitting specified parts of the agreement to be obscured if

(a) those parts are not essential to enable the accused to "make full answer and defence"; and

(b) disclosure of those parts would pose a danger to any person.

Commentary

Paragraph (1)(a) is based on the principle of fairness and is designed to assist the accused in "mak[ing] full answer and defence." Because disclosure to the accused would be mandated by this recommendation, and in light of the accountability measure contained in recommendation 16 concerning annual reports, it is unnecessary to include a requirement[375] that immunity agreements be disclosed to the court separately. Given paragraph (1)(a)'s requirement, it is safe to assume that the parties themselves will generally bring out the fact that the Crown has made an immunity agreement with a prosecution witness.

---

372. See the commentary to rec. 1, above at 46, and see rec. 14(2), below at 66.

373. The expression in quotation marks is that used *inter alia* in *Criminal Code* s. 650(3). (See also *Criminal Code* s. 802(1).)

374. Adapted from a proposal made by Cato, *supra*, note 302 at 404.

375. See LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 12 at 52.

Paragraph (1)(b) is similarly designed to assist the accused in testing the credibility of the immunized witness.[376] It is made subject to the proposals we have made to govern the disclosure of witnesses' prior statements generally.[377]

Paragraph (1)(c) is self-explanatory.

Part (2) acknowledges that there may be occasions on which agreements will contain certain non-essential details (such as those relating to the place a witness or the witness's family (or both) will be relocated) the disclosure of which might put the witness or others in danger. To deal with this situation, it provides a mechanism (similar to one discussed in our working paper on *Electronic Surveillance*[378]) that would allow courts, on application, to obscure some portions of immunity agreements.

VII. The Enforcement of Immunity Agreements

RECOMMENDATION

14. [(1)] In any case in which a person has substantially fulfilled his or her obligations under the valid terms of an immunity agreement, any proceedings taken subsequently in contravention of that agreement should be prohibited unless the Crown

(a) was, in the course of immunity discussions, wilfully misled by the accused in some material respect; or

(b) was induced to conclude the immunity agreement by conduct amounting to an obstruction of justice.

[(2) Where proceeding against a person is permissible under part (1), neither the passage of time nor the fact that earlier proceedings have been terminated in accordance with an immunity agreement should operate to prevent the Crown from so proceeding.]

376. Cato, *supra*, note 302 at 404.

377. See LRC, *Disclosure by the Prosecution*, Report 22 (Ottawa: Supply and Services, 1984).

378. See LRC, *Electronic Surveillance*, Working Paper 47 (Ottawa: The Commission, 1986), rec. 50 at 65. See also LRC, *Public and Media Access to the Criminal Process*, Working Paper 56 (Ottawa: The Commission, 1987), recs 9(5) and (6) at 60-61 and recs 10(5) and (6) at 64.

Commentary

Part (1) parallels a recommendation made in our *Plea Discussions and Agreements*[379] working paper. It states a basic rule[380] that is premised, in part, on the principle of fairness.[381] We also believe that providing immunity recipients with a statutory protection against prosecutions that contravene the agreement they have made furthers the goal of certainty in the criminal process.[382] In so doing, it may also promote efficiency. As New Zealand's Court of Appeal said with reference to undertakings of immunity in the *McDonald* case, "the importance of such an undertaking in relation to the evidence given by an accomplice lies in the practical effect which it will have both in protecting that accomplice and in bringing about a state of mind on his part wherein as far as possible he is removed from the fear of consequences of giving evidence incriminating himself and knows that he has nothing to gain by giving false evidence."[383]

Paragraph (1)(a) would release the Crown from its obligation where it has been materially misled. An example of such an occurrence is suggested by the recent Ontario case of *R.* v. *MacDonald*.[384] There, it had been agreed that no murder charge would be laid against the appellant, but that he would be charged as an accessory after the fact. For his part, the appellant was required to provide the police with a true account of what he knew about the homicide under investigation, and to testify in conformity with that account at the preliminary inquiry and trial of the individual who was to be charged with murder in connection with the homicide. The appellant would be given the option of entering a program enabling him to be "relocated." Although the appellant provided the police with a statement and testified at the preliminary inquiry, another witness at the preliminary inquiry related a different version of the events, indicating "that the appellant had arranged for [the person charged with murder] to shoot the deceased and was aware that the shooting was to occur when they drove the victim to [the scene of the shooting]."[385] Considering this witness to be "much more credible than the appellant,"[386] Crown counsel decided to call that witness at the accused's preliminary inquiry, and to request that the appellant be committed for trial on a first degree murder charge as well. In dismissing the appellant's motion to have proceedings on the murder charge stayed as an abuse of process, the trial judge reasoned that "it was clearly an element of the agreement that the appellant give a truthful statement and he had not done so."[387]

---

379. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 22 at 65.

380. The recommendation does not attempt to deal with all possible situations involving partial fulfilment of a person's obligations under an immunity agreement.

381. Although we have made no specific recommendation in this regard, we believe it to be consistent with the principle of fairness that where the Crown intends to withdraw from an immunity agreement before the immunized person provides the "evidence, information, co-operation . . .," etc., notice of some kind should be given.

382. See Smith, *supra*, note 12 at 325-26, where a similar point is made.

383. *Supra*, note 106 at 105. See Cato, *supra*, note 302 at 403.

384. (1990) 54 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.).

385. *Ibid.* at 103, Zuber J.A.

386. *Ibid.*

387. *Ibid.* at 104.

Moreover, "[i]t was this lack of truthfulness on the part of the appellant, in the trial judge's opinion, that led to the breakdown of the agreement."[388] This reasoning was supported by the Ontario Court of Appeal in dismissing the appellant's appeal from his conviction on the murder charge. In its view, "because the Crown did not get from the appellant the complete and truthful statement for which it had bargained, it was under no obligation to meet the . . . requirement of the agreement to charge the appellant with the lesser charge of accessory . . . ."[389] Noting that the majority judgment in the Supreme Court of Canada case of *R.* v. *Conway*[390] "speaks of a concern with proceedings which are so unfair and tainted that to allow them to proceed 'would tarnish the integrity of the court,'"[391] the Court went on to add that "[t]he integrity of the court would equally be tarnished in a case such as this, were the Crown to be held to a deal which was struck at a time when the appellant was not a suspect for murder, but where later, facts revealed his involvement."[392] In its view, "[t]o permit the agreement to stand would allow the appellant to benefit from his incomplete and untruthful statements and from the deal he had struck with the Crown before all the facts were known."[393] Although it acknowledged that "the Crown extracted some benefit from the appellant (*i.e.*, his testimony at the preliminary hearing . . .) and the appellant forfeited his right to silence,"[394] it considered that "in fact, the appellant suffered no prejudice,"[395] since "[n]one of the statements that he gave to police were used at his trial."[396]

Paragraph (1)(b) would negate any obligation on the part of the Crown where the agreement has resulted from conduct in the nature of threats, bribes or any collusion amounting to an obstruction of justice.

Part (1) does not deal with enforcement of those aspects of an immunity agreement that are subsidiary to the provision of immunity itself. Being entirely peripheral to the rules we have suggested in this document, the consequences of a failure by the Crown to fulfil miscellaneous contractual commitments (concerning relocation, protection, material assistance and so on) are best addressed elsewhere.

Part (2), which appears in square brackets, is very tentative. It is designed to help ensure that criminals do not profit from the type of conduct described in paragraphs (1)(a) and (b).

---

388. *Ibid.*

389. *Ibid.* at 105.

390. [1989] 1 S.C.R. 1659.

391. *Supra*, note 384 at 106, *per* Zuber J.A., who was quoting from *Conway*, *supra*, note 390 at 1667.

392. *R.* v. *MacDonald*, *supra*, note 384 at 106.

393. *Ibid.*

394. *Ibid.*

395. *Ibid.*

396. *Ibid.*

VIII. The Exclusion of Evidence

RECOMMENDATION

15. In any proceeding against a person who has entered into an immunity agreement or who has made an offer to provide evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit in exchange for immunity from prosecution,

(a) the immunity agreement,

(b) the offer, or

(c) statements made in connection with the agreement or offer

should be inadmissible in evidence on the issue of that person's guilt or credibility.

Commentary

This recommendation, which is similar to a recommendation made in our *Plea Discussions and Agreements*[397] working paper, is designed to facilitate immunity agreement discussions by providing a protection somewhat broader than that afforded by the voluntariness rule. The protection would apply to immunity agreements. It would also apply to offers and statements made in connection with them or with a view to obtaining immunity, but would not extend to evidence (for example, real evidence) derived from such statements; we intend to deal with the issue of derivative evidence separately in our forthcoming working paper on remedies.

Recommendation 15 would apply regardless of which party is responsible for breaking an immunity agreement. Moreover, it would not prevent an accused person from leading evidence of an immunity agreement to bar a particular prosecution.

IX. An Annual Report

RECOMMENDATION

16. (1) The Attorney General should be required annually to make a public report that states

(a) the number of written or otherwise recorded immunity agreements concluded in the past year; and

---

397. LRC, Working Paper 60, *supra*, note 1, rec. 23 at 65.

(b) for every such immunity agreement,

(i) the crimes in respect of which immunity was provided,

(ii) the general nature of the benefit agreed to be provided in exchange for the immunity,

(iii) the charges involved in any prosecutions in which evidence or information provided pursuant to the immunity agreement was used, and the outcome of those prosecutions, and

(iv) the amount of any financial expenditures made in connection with the immunity agreement.

(2) Where evidence or information that was provided pursuant to a written or otherwise recorded immunity agreement is used in a prosecution in a year subsequent to the year in which the immunity agreement was concluded, the Attorney General should be required to report the charge(s) involved in that prosecution, and the outcome of that prosecution, in his or her report for the year in which the prosecution was completed.

(3) Where a financial expenditure is made in connection with a written or otherwise recorded immunity agreement in a year subsequent to the year in which the immunity agreement was concluded, the Attorney General should be required to report the amount of that financial expenditure in his or her report for the year in which the financial expenditure was made.

(4) An annual report should not be required to state the charges involved in any prosecution in which information provided pursuant to an immunity agreement was used, or the outcome of that prosecution, where inclusion of such a statement would pose a danger to an informer.

Commentary

This recommendation, which adopts an approach similar to that taken in *Criminal Code* section 195 in connection with electronic surveillance applications, is premised on the principle of accountability.[398] Although implementation of recommendation 13 would result in the public airing of most immunity agreements with persons who give evidence in criminal trials, it would not ensure public disclosure of immunity agreements in all instances — for example, where information, rather than evidence, is provided.

---

398. See LRC, Report 32, *supra*, note 59 at 26.

The purpose of paragraph (1)(a) is to provide an overall picture of the extent to which immunity agreements are employed "in respect of a grave crime or series of crimes" or to obtain evidence.[399] As we have already noted, information on this subject is not readily available at present. As we have also stated, the power to provide immunity should be exercised sparingly.

Paragraph (1)(b) is designed to require disclosure of the objective facts in which the public is likely to have the greatest interest. Although we would consider it unduly burdensome to require that each immunity agreement be publicly justified with reference to the considerations set out in recommendation 5, disclosure of the facts referred to in paragraph (1)(b) is necessary to provide at least a rough indication of the cost and value of each immunity agreement.

Parts (2) and (3) take account of the fact that obligations under immunity agreements may be ongoing.

Part (4) is self-explanatory.[400]

399. See rec. 9, above at 58.

400. See LRC, Working Paper 56, *supra*, note 378, recs 9(5) and (6) at 60-61 and recs 10(5) and (6) at 64.

Summary of Recommendations

1. The term "immunity agreement" should be defined as any agreement by the Crown to refrain from prosecuting a person or group for a crime or crimes, or to terminate any prosecution of a person or group, either wholly or partially in return for the provision of evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit.

2. Only the Attorney General, the Attorney General's deputy, the Director of Public Prosecutions and their respective agents should have the authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown.

3. The authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown should be exercisable when exceptional circumstances require that immunity be provided in the public interest and the benefit of providing immunity clearly outweighs the social cost of doing so.

4. The authority to enter into an immunity agreement on behalf of the Crown should not include the authority to dispense prospectively with the application of laws to particular persons or groups.

5. In deciding whether to enter into an immunity agreement, the Crown should consider

(a) where evidence or information is involved, whether there are other indicators tending to confirm that the evidence or information is true;

(b) the gravity of any crime concerning which evidence, information, co-operation, assistance or other benefit is to be provided;

(c) the gravity of the crime(s) to which the immunity agreement would relate;

(d) the importance of the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit to be provided;

(e) whether it is possible to obtain the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit in another manner;

(f) the gravity of the involvement of the person proposed to be immunized in any crime(s) to which the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit relates, and the degree of that person's guilt in comparison to the guilt of any person whose prosecution would be aided by the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit;

(g) the criminal history of the person proposed to be immunized;

(h) the number of occasions on which, and the circumstances in which, the person proposed to be immunized has received immunity in the past;

(i) whether the goal of public protection would be better served by the obtaining of the proposed evidence, information, co-operation, assistance or other benefit, or by the conviction of the person proposed to be immunized;

(j) the likelihood that, without immunity, the person proposed to be immunized could be convicted of the crime(s) to which the immunity agreement would relate;

(k) the interests of any victims; and

(l) whether other persons, such as the police, oppose the provision of immunity to the person proposed to be immunized and, if so, their reasons.

6. (1) No improper inducement should be offered on behalf of the Crown for the purpose of encouraging a person to conclude an immunity agreement.

(2) The term "improper inducement" should be defined as any inducement that necessarily renders suspect the genuineness of an immunity agreement, and as including the following conduct:

(a) the laying of any charge not believed to be supported by provable facts;

(b) the laying of any charge that is not usually laid with respect to an act or omission of the type attributed to the accused;

(c) a threat to lay any charge of the type described in paragraph (a) or (b);

(d) any offer, threat or promise the fulfilment of which is not a function of the maker's office; and

(e) any material misrepresentation.

7. (1) A prosecutor should not, when a person has retained counsel, have immunity discussions with the person in the absence of that person's counsel.

(2) A prosecutor with whom an unrepresented person wishes to have immunity discussions should inform the person that

(a) representation by counsel may be advantageous to the person, and

(b) if the person cannot afford to retain counsel, he or she should ascertain from the provincial legal aid plan whether he or she is eligible for assistance,

and should not thereafter have immunity discussions directly with the person unless the person has informed the prosecutor unequivocally that he or she does not intend to retain counsel.

8. A prosecutor who concludes an immunity agreement should endeavour to ensure that victims are informed of the agreement and the reasons for it, at an appropriate time, unless circumstances make it impractical to do so or compelling reasons such as a likelihood of serious harm to the immunized person or to another person require otherwise.

9. (1) An immunity agreement that provides immunity in respect of a grave crime or series of crimes, so designated by the Attorney General in guidelines for the purposes of these rules, or that requires a person to provide evidence, should be required to be written or otherwise recorded, and should be required to indicate

(a) the person entering into the agreement to obtain immunity;

(b) the person or persons to whom the immunity is provided;

(c) the person entering into the agreement as a representative of the Attorney General;

(d) the acts or omissions in respect of which the immunity is provided;

(e) the form the immunity will take;

(f) the evidence, information, co-operation, assistance or other benefit to be provided in exchange for the immunity;

(g) any additional commitments made by the parties, including the specifics of any financial expenditures to be made by the Crown; and

(h) what will amount to a breach of the agreement, and the consequences of such a breach.

(2) It should be mandatory that anyone entering into a written or otherwise recorded immunity agreement with the Crown or with anyone on behalf of the Crown be given a copy of the agreement immediately after its conclusion, and be required to provide a written acknowledgement that he or she has received a copy of it.

10. It should not be permissible for an immunity agreement to require a person to do anything unlawful, or provide immunity to any person in respect of crimes that he or she might commit in the future.

11. It should be mandatory for an immunity agreement that requires a person to provide evidence to require that the evidence so provided be truthful.

12. (1) It should be permissible for an immunity agreement to require the Crown to terminate, without regard to its merit, a private prosecution other than a private prosecution for perjury in respect of evidence required to be provided under that agreement.

(2) It should be permissible for an immunity agreement that requires a person to provide evidence to require the Crown to ensure there is an independent review of any private prosecution of that person for perjury in respect of that evidence, and to terminate that prosecution if the review discloses that it is not meritorious and should not be carried forward.

13. (1) Where an immunity agreement has been concluded with a person whom the Crown intends to call as a witness, the Crown should be required to

(a) disclose the agreement to the accused so as to enable him or her to "make full answer and defence";

(b) provide the accused, as required by our proposals relating to disclosure by the prosecution, with a copy of any statement made by the witness in relation to the subject-matter concerning which that witness will be testifying; and

(c) disclose to the accused, so as to enable him or her to "make full answer and defence," all occasions, of which the prosecutor is aware, on which the witness has received immunity in exchange for providing evidence.

(2) Before disclosing an immunity agreement to the accused, the Crown should be able to apply for an order permitting specified parts of the agreement to be obscured if

(a) those parts are not essential to enable the accused to "make full answer and defence"; and

(b) disclosure of those parts would pose a danger to any person.

14. [(1)] In any case in which a person has substantially fulfilled his or her obligations under the valid terms of an immunity agreement, any proceedings taken subsequently in contravention of that agreement should be prohibited unless the Crown

(a) was, in the course of immunity discussions, wilfully misled by the accused in some material respect; or

(b) was induced to conclude the immunity agreement by conduct amounting to an obstruction of justice.

[(2) Where proceeding against a person is permissible under part (1), neither the passage of time nor the fact that earlier proceedings have been terminated in accordance with an immunity agreement should operate to prevent the Crown from so proceeding.]

15. In any proceeding against a person who has entered into an immunity agreement or who has made an offer to provide evidence, information, co-operation, assistance or some other benefit in exchange for immunity from prosecution,

(a) the immunity agreement,

(b) the offer, or

(c) statements made in connection with the agreement or offer

should be inadmissible in evidence on the issue of that person's guilt or credibility.

16. (1) The Attorney General should be required annually to make a public report that states

(a) the number of written or otherwise recorded immunity agreements concluded in the past year; and

(b) for every such immunity agreement,

(i) the crimes in respect of which immunity was provided,

(ii) the general nature of the benefit agreed to be provided in exchange for the immunity,

(iii) the charges involved in any prosecutions in which evidence or information provided pursuant to the immunity agreement was used, and the outcome of those prosecutions, and

(iv) the amount of any financial expenditures made in connection with the immunity agreement.

(2) Where evidence or information that was provided pursuant to a written or otherwise recorded immunity agreement is used in a prosecution in a year subsequent to the year in which the immunity agreement was concluded, the Attorney General should be required to report the charge(s) involved in that prosecution, and the outcome of that prosecution, in his or her report for the year in which the prosecution was completed.

(3) Where a financial expenditure is made in connection with a written or otherwise recorded immunity agreement in a year subsequent to the year in which the immunity agreement was concluded, the Attorney General should be required to report the amount of that financial expenditure in his or her report for the year in which the financial expenditure was made.

(4) An annual report should not be required to state the charges involved in any prosecution in which information provided pursuant to an immunity agreement was used, or the outcome of that prosecution, where inclusion of such a statement would pose a danger to an informer.

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 févr. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 févr. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite** (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal : Volume 1* (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)
33. *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale, Volume premier, Titre premier* (27 févr. 1991)
34. *Les peuples autochtones et la justice pénale* (11 déc. 1991)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide** (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

38. *Les voies de fait** (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées** (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)
58. *Les crimes contre le fœtus* (1989)
59. *Pour une cour criminelle unifiée* (1989)
60. *Les discussions et ententes sur le plaidoyer* (1989)
61. *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (1989)
62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)
63. *L'autorite de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict* (1991)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130, rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

L'IMMUNITÉ CONTRE LES POURSUITES

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 64

L'IMMUNITÉ CONTRE LES POURSUITES

1992

Données de catalogage avant publication (Canada)

Commission de réforme du droit du Canada

L'immunité contre les poursuites

(Document de travail ; 64)
Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.
Titre de la p. de t. addit. : Immunity from prosecution.
Comprend des références bibliographiques.
ISBN 0-662-58710-3
N° de cat. MAS J32-1/64-1992

1. Poursuites judiciaires — Canada — Décision, Prise de. 2. Preuve (Droit pénal) — Canada. 3. Auto-incrimination — Canada. 4. Procédure pénale — Canada. I. Titre. II. Titre : Immunity from prosecution. III. Coll. : Document de travail (Commission de réforme du droit du Canada) ; n° 64.

KE9312.I55 1992 345.71'05042 C92-099531-4F

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1992
N° de catalogue J32-1/64-1992
ISBN 0-662-58710-3

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0L6

La Commission

M^e Gilles Létourneau, président
M^me la juge Ellen Picard, vice-présidente*
M^e John Frecker, commissaire
M. le professeur Jacques Frémont, commissaire**

Secrétaire

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Coordonnateur de la Section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, *B.A., LL.B., LL.M.*

Conseiller principal

Marc E. Schiffer, *LL.B., LL.M., J.S.D., LL.D.*

Conseiller

Patrick Fitzgerald, *M.A.* (Oxon.)

---

* M^me la juge Picard n'était pas membre de la Commission lorsque le présent document de travail a été approuvé.

** M. le professeur Frémont n'était pas membre de la Commission lorsque les consultations ont eu lieu.

Note de la rédaction

Conformément à la recommandation formulée dans le document intitulé *Égalité pour tous — Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, nous nous sommes fait un devoir de rédiger notre document de travail dans une langue non sexiste. Dans cette optique, et puisque le mandat de la Commission consiste à formuler des propositions en vue de moderniser les lois fédérales canadiennes, nous nous sommes conformés aux principes énoncés dans l'ouvrage publié sous le titre *Cap sur l'égalité — Réponse au Rapport parlementaire sur les droits à l'égalité*, relativement à la rédaction des lois, tant en français qu'en anglais. Aussi le genre grammatical des noms et pronoms utilisés pour désigner des personnes (« victime », « accusé », « juge », etc.) ne doit-il donc en aucun cas être interprété comme une indication du sexe de ces personnes.

Table des matières

REMERCIEMENTS xiii

CHAPITRE PREMIER : Introduction 1

CHAPITRE DEUX : Questions d'ordre éthique 11

I. La commercialisation de la justice 11

II. Le secret 14

III. L'efficacité de la justice 15

IV. Atteinte à l'intégrité de la justice — la fin et les moyens 16

V. Injustice et inégalité 18

A. Égalité de tous devant la loi 18

B. Existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi 21

C. Droit de tout accusé à un procès équitable 21

VI. Les ententes portant garantie d'immunité : une pratique justifiable 22

CHAPITRE TROIS : La situation actuelle 23

I. Le pouvoir d'accorder l'immunité 23

II. L'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité 29

III. Le contrôle judiciaire 31

IV. La divulgation 33

V. Les répercussions sur la preuve 35

VI. Le respect des ententes portant garantie d'immunité 41

CHAPITRE QUATRE : Nos propositions de réforme 49

I. Définition de l'entente portant garantie d'immunité 49

II. Le pouvoir d'accorder l'immunité 51

III. Opportunité de la garantie d'immunité : les circonstances devant être prises en considération 55

IV. Conduite à suivre en matière d'ententes portant garantie d'immunité 59

V. La forme et le contenu des ententes portant garantie d'immunité 62

VI. Conditions préalables au témoignage fourni par une personne jouissant de l'immunité 70

VII. Le respect des ententes portant garantie d'immunité 71

VIII. Irrecevabilité de certains éléments de preuve 74

IX. Rapport annuel 75

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS 77

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre gratitude envers toutes les personnes que nous avons consultées au cours de la préparation du présent document de travail. Tout au long de ses travaux, la Commission reçoit de façon suivie les conseils des membres de ses comités consultatifs permanents formés de juges, d'avocats en exercice (du ministère public et de la défense), de professeurs de droit et de chefs de police. Nous sommes redevables à chacun d'entre eux et nous nous devons de mentionner l'influence marquée qu'ils ont eue sur nos travaux.

Nous tenons également à souligner la contribution de l'Association des avocats de la défense de Montréal, représentée dans le cadre de nos consultations par son président, M^e^ Michel Massicotte, sa vice-présidente, M^e^ Isabel J. Shurman, et son conseiller, M^e^ Guy Cournoyer.

Enfin, nous désirons adresser nos remerciements aux membres du Groupe de travail sur certains aspects de l'administration de la justice en matière criminelle, établi par le ministre de la Justice et procureur général du Québec, et présidé par M. le juge Guy Guérin, ancien juge en chef de la Cour des sessions de la paix du Québec. Nous sommes reconnaissants à toutes ces personnes de la patience exemplaire dont ils ont fait preuve et de l'aide précieuse qu'ils nous ont apportée au cours des échanges qui ont eu lieu au sujet des épineuses questions traitées dans le présent document de travail.

Il va sans dire que les opinions formulées dans ce document ne reflètent pas nécessairement la position du Parlement ou du ministère de la Justice, ni l'opinion individuelle des personnes consultées.

CHAPITRE PREMIER

Introduction

Ce document porte sur les ententes par lesquelles le ministère public promet à une personne, moyennant contrepartie, de ne pas intenter de poursuites contre elle. Dans son document de travail n° 60, consacré aux discussions et ententes sur le plaidoyer[1], la Commission avait brièvement évoqué la question. Ici encore, notre étude porte sur l'exercice par le ministère public d'un pouvoir discrétionnaire bien particulier ; il n'y sera donc question ni de l'« immunité de la Couronne[2] », ni des immunités consulaire et diplomatique[3], etc., qui reposent sur des principes étrangers à nos préoccupations.

Comme nous l'avons écrit dans le document de travail n° 60, nous considérons que les ententes relatives à l'immunité sont d'une nature différente des ententes sur le plaidoyer. Nous avons défini l'entente sur le plaidoyer comme « toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée[4]. » Dans l'entente sur le plaidoyer, donc, la contrepartie donnée par l'accusé est toujours un plaidoyer de culpabilité tandis que celle du poursuivant peut varier[5]. Dans l'entente portant garantie d'immunité, par contre, c'est la contrepartie offerte par l'« accusé potentiel » qui peut varier, tandis que celle du ministère public est toujours la même. Au lieu d'un plaidoyer de culpabilité, l'intéressé fournit des éléments de preuve, des renseignements ou quelque autre forme de collaboration ; le ministère public, lui, promet toujours l'« immunité », d'une manière ou d'une autre.

---

1. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (ci-après CRD), *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*, Document de travail n° 60, Ottawa, la Commission, 1989, p. 4.

2. Voir par exemple *R.* c. *Sellers* (1985), 73 A.R. 274 (B.R.) ; *Saskatchewan* c. *Fenwick*, [1983] 3 W.W.R. 153 (B.R. Sask.) ; *R.* c. *Eldorado Nucléaire Ltée* ; *R.* c. *Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551 ; *Société Radio-Canada* c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339 ; *Freshwater Fish Marketing Corp.* c. *Duchominsky* (1982), 19 Man. R. (2e) 358 (C.A.) ; *Procureur général de l'Alberta* c. *Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267 ; *R.* c. *Forest Protection Ltd.* (1979), 25 N.B.R. (2e) 513 (C.S. D.A.) ; *Procureur général du Québec et Keable* c. *Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 ; *Société Radio-Canada* c. *Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618 ; *R.* c. *Stradiotto* (1973), 11 C.C.C. (2e) 257 (C.A. Ont.) ; *Canadian Broadcasting Corporation* c. *Attorney-General for Ontario*, [1959] R.C.S. 188 ; *R.* c. *Rhodes*, [1934] 1 D.L.R. 251 (C.S. Ont.) ; *R.* c. *Anderson*, [1930] 2 W.W.R. 595 (C.A. Man.) ; *R.* c. *McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226 (C.S. N.-É.). Voir aussi, sur l'immunité de la Couronne et sur des questions connexes, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR CERTAINES ACTIVITÉS DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *La liberté et la sécurité devant la loi*, deuxième rapport, vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981, pp. 396-410 (président : D.C. McDonald) (ci-après Commission McDonald).

3. Voir à ce propos, d'une manière générale, Sharon A. WILLIAMS et J.-G. CASTEL, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 149-159. Voir aussi James E. HICKEY fils et Anette FISCH, « The Case to Preserve Criminal Jurisdiction Immunity Accorded Foreign Diplomatic and Consular Personnel in the United States » (1990), 41 *Hastings L.J.* 351, 358-362.

4. *Op. cit.*, note 1, pp. 4-5, 42.

5. Voir les exemples donnés dans CRD, *op cit.*, note 1, p. 42.

L'entente portant garantie d'immunité peut, naturellement, être liée à une entente sur le plaidoyer. Dans l'affaire *R.* c. *Ertel*[6], pour prendre un exemple assez récent, il avait été convenu que deux personnes inculpées avec l'accusé et par la suite devenues témoins à charge au procès de ce dernier [TRADUCTION] « plaideraient coupable et déposeraient en faveur de la Couronne[7] » et que [TRADUCTION] « la Couronne, en retour, abandonnerait l'accusation d'importation qui pesait contre elles [. . .] et recommanderait qu'elles soient condamnées à six mois d'emprisonnement quant à l'accusation de trafic[8] ». Dans de tels cas, il est difficile de dire quelle part de la contrepartie donnée par la Couronne est attribuable à l'aide fournie par l'accusé (en l'occurrence, sa déposition), et quelle part est attribuable au plaidoyer de culpabilité. Aussi, plutôt que de tenter de scinder ce qui forme souvent un tout indivisible, nous considérerons que les recommandations faites dans le présent document de travail s'appliquent à toute garantie d'immunité donnée « *en contrepartie totale ou partielle* d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration[9] ».

Ces ententes se distinguent de celles où la prestation de l'accusé consiste également (en tout ou en partie) dans un témoignage ou des renseignements, tandis que celle du poursuivant a trait à autre chose qu'à d'éventuelles poursuites pénales. Le plus souvent, ces dernières ententes ont trait à l'influence que la collaboration de l'accusé pourrait avoir sur la détermination de la peine. (Dans l'affaire *R.* c. *Stone*[10], par exemple, l'accusée s'était vu, selon les termes du juge Graham, [TRADUCTION] « promettre par le ministère public que si elle donnait des renseignements [. . .] et plaidait coupable, elle ne serait condamnée qu'à l'amende minimale de 50 $[11] ».) On décrit parfois ces garanties comme une forme incomplète d'immunité[12], mais le fait que leur exécution repose dans une large mesure sur les tribunaux (plutôt que sur les pouvoirs conférés au poursuivant) les rend qualitativement différentes.

---

6. (1987) 35 C.C.C. (3e) 398 (C.A. Ont.).

7. *Id.*, 403 (j. Lacourcière).

8. *Ibid.*

9. Voir rec. 1, *infra*, p. 49 (mis en italiques par nos soins).

10. (1932) 58 C.C.C. 262 (C.S. N.-É.).

11. *Id.*, 267. Dans cette affaire, cependant, la nature de l'entente n'est pas parfaitement claire. Selon le juge Mellish (p. 266), [TRADUCTION] « on a présenté des éléments de preuve quant à des négociations entre [l'accusée] et la poursuite, au sujet de la peine qui lui serait infligée ». Cependant, selon le juge en chef Chisholm (p. 264), [TRADUCTION] « [l]a preuve [. . .] tendait à démontrer qu'il y avait eu certaines négociations entre l'accusée et les agents des douanes, au sujet de la possibilité d'une condamnation à une amende légère après un plaidoyer de culpabilité ». Le juge Paton a déclaré (p. 268) : [TRADUCTION] « [L]e procureur de la Couronne reconnaît la conclusion d'une sorte de marché, qui selon lui n'a pas été respecté par l'accusée, ce qui a amené la poursuite à demander l'amende maximum ».

12. Voir A.T.H. SMITH, « Immunity from Prosecution » (1983), 42 *Cambridge L.J.* 299, 319-321.

Dans ce document de travail, nous nous intéressons surtout à l'immunité *contre les poursuites*, par opposition aux formes plus restreintes d'immunité des témoins[13]. L'octroi de l'immunité totale semble lié à une ancienne pratique anglaise (l'*approvement*) consistant à offrir le pardon aux complices et à leur permettre ainsi d'éviter d'être mis en accusation pour les infractions au sujet desquelles on souhaitait obtenir leur témoignage[14]. On peut le considérer comme faisant partie du [TRADUCTION] « pouvoir d'inculper ou non un accusé et de déterminer la nature de l'inculpation ou des inculpations[15] ». Comme l'expliquait le juge Graburn dans la décision *R.* c. *Betesh* : [TRADUCTION] « Il est clair que le procureur général a non seulement le pouvoir de poursuivre quelqu'un, mais aussi celui de choisir sous quels chefs d'accusation il va le poursuivre. Il a en outre le droit

---

13. Voir 18 U.S.C. §§ 6001-6005 (suppl. 1991). Voir l'intéressante affaire *Re Allman and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2e) 146 (C. comté C.-B.), où une déposition avait été obtenue par commission rogatoire aux États-Unis. Selon le juge McKinnon, pp. 147-148 :

> [Traduction]
>
> À la première audition à Los Angeles, les témoins ont refusé de répondre aux questions, invoquant, en vertu du Cinquième amendement, leur privilège contre les témoignages incriminants pour soi-même. Les procureurs des États-Unis ont fait une demande d'immunité, conformément aux dispositions du code en vigueur dans leur pays. [. . .] À l'appui de cette demande, les représentants du procureur général de la Colombie-Britannique et du procureur général du Canada ont produit un document par lequel ils accordaient aux témoins l'immunité contre toutes poursuites découlant de l'utilisation d'un témoignage obtenu par la contrainte. Le juge Real a ordonné aux témoins de répondre aux questions sans soulever le privilège relatif aux témoignages incriminants pour soi-même.

14. A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, citant *R.* c. *Rudd* (1775), 1 Leach 115, 168 E.R. 160. Voir aussi Leon RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, vol. 2 [*The Clash between Private Initiative and Public Interest in the Enforcement of the Law*], Londres, Stevens, 1956, p. 53 (cité par A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, n. 17). Il serait apparemment encore possible, en droit anglais, de donner un pardon anticipé à cette fin (voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, où l'on cite *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 8, 606), mais en pratique, il semble qu'on n'accorde plus l'immunité par ce moyen : voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303 ; John L1. J. EDWARDS, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 474. L'article XII des *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada* (1947), L.R.C. (1985), App. II, n° 31, autorise le gouverneur général « lorsqu'un crime ou une infraction aux lois du Canada a été commise pour laquelle le délinquant peut subir un procès en vertu desdites lois, à gracier tout complice, à l'égard de ce crime ou de cette infraction, qui fournira des renseignements pouvant amener la condamnation du délinquant principal, ou de l'un quelconque de ces délinquants s'il y en a plusieurs ». L'article l'autorise par ailleurs à accorder un pardon, soit absolu, soit conditionnel, « à tout délinquant déclaré coupable de tel crime ou infraction devant n'importe quel tribunal, ou devant n'importe quel juge, juge de paix ou magistrat administrant les lois du Canada ». Le paragraphe 749(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite du pardon, porte seulement que « [l]e gouverneur en conseil peut accorder un pardon absolu ou un pardon conditionnel à toute personne déclarée coupable d'une infraction ». Dans *R.* c. *Betesh* (1975), 30 C.C.C. (2e) 233 (C. comté Ont.), où le poursuivant soutenait (pp. 244-245) que [TRADUCTION] « pour mettre fin à ces poursuites [. . .] il faudrait que le procureur général fédéral ait recours au *nolle prosequi* ou demande un pardon au gouverneur général en conseil conformément aux dispositions du *Code criminel* », le juge Graburn a répliqué (p. 245) [Traduction] « qu'un pardon ne peut être accordé qu'à la suite d'une condamnation [. . .] », et qu' « aucune condamnation n'a été prononcée contre Betesh relativement à l'infraction en cause ».

15. *R.* c. *Naraindeen* (1990), 75 O.R. (2e) 120, 127 (C.A.) (j. Morden) (il n'était pas question d'immunité dans cette affaire). On trouvera des exemples « célèbres » où le pouvoir discrétionnaire de ne pas intenter de poursuites a été exercé (il n'y avait pas eu de garantie d'immunité dans ces affaires) dans CRD, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*, Document de travail n° 62, Ottawa, la Commission, 1990, pp. 72, 80, n. 303. Pour obtenir une vue d'ensemble des pouvoirs de poursuite et une étude de l'immunité dans ce contexte, voir Philip C. STENNING, *Appearing for the Crown: A Legal and Historical Review of Criminal Prosecutorial Authority in Canada*, Cowansville (Qc), Brown Legal Publications, 1986, pp. 243-245.

d'abandonner des poursuites déjà entamées, et le droit concomitant ou analogue de renoncer à poursuivre une personne pour des infractions qu'elle aurait commises[16]. » L'octroi de l'immunité, toutefois, ne consiste pas seulement dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire décrit par le juge Graburn ; c'est en fait la promesse (elle-même discrétionnaire) d'exercer ce pouvoir d'une façon particulière.

L'immunité contre les poursuites diffère de celle qui empêche uniquement l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant. Cette immunité restreinte (*use immunity*), particulièrement importante là où la loi reconnaît aux témoins le droit de refuser de répondre à des questions susceptibles de les incriminer, garantit simplement au témoin que ses déclarations ne seront pas utilisées dans le cadre de procédures ultérieures contre lui. Au Canada, comme le soulignait récemment la juge Wilson de la Cour suprême du Canada[17], cette protection est notamment prévue à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*[18].

Mais lorsque la loi oblige une personne à donner un témoignage qui pourrait l'incriminer, la *Charte canadienne des droits et libertés*[19] n'exige-t-elle pas qu'on lui garantisse davantage que la simple immunité contre l'utilisation du témoignage en question — peut-être même une protection absolue à l'égard de futures poursuites ? Tout texte obligeant des personnes à faire des déclarations susceptibles de les incriminer ne doit-il pas, en tout cas, leur donner en même temps la possibilité de bénéficier à tout le moins d'une immunité contre l'utilisation de leur témoignage ainsi que des éléments

---

16. Précitée, note 14, 243.

17. *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 476. Voir aussi *Starr* c. *Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, 1442, où la juge L'Heureux-Dubé a parlé de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *infra*, note 18, comme d'une disposition relative à l'immunité.

18. L.R.C. (1985), ch. C-5. Voir sur cette question Ed RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 399, n. 171. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit que « Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit. » Le paragraphe (2) ajoute que :

> Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer, ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

19. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)]. La Cour suprême des États-Unis, dans un arrêt de 1892 portant sur la protection offerte par le Cinquième amendement contre les témoignages incriminants pour soi-même (*Counselman* c. *Hitchcock*, 142 U.S. 547), avait déclaré : [TRADUCTION] « pour qu'une disposition législative soit valide, elle doit accorder une immunité absolue contre d'éventuelles poursuites pour l'infraction à laquelle la question se rapporte » (p. 506). Elle devait cependant battre en retraite il y a une vingtaine d'années dans l'arrêt *Kastigar* c. *United States*, 406 U.S. 441 (1972). À cette occasion, elle a en effet conclu que le privilège établi par le Cinquième amendement emportait forcément l'immunité contre l'utilisation à la fois du témoignage incriminant et des éléments de preuve obtenus grâce à lui, mais pas l'immunité absolue (*transactional immunity*) exigée dans l'arrêt *Counselman* c. *Hitchcock*.

de preuve obtenus grâce à lui ? Des décisions rendues en Angleterre et dans des pays du Commonwealth portent à le croire[20]. Cette thèse a également reçu certains appuis au Canada, notamment dans l'arrêt *Thomson Newspapers*[21] (opinion de la juge Wilson).

Nous n'avons pas ici à nous prononcer sur le point de savoir quelle devrait être l'étendue de l'immunité conférée aux personnes pouvant être légalement contraintes de faire des déclarations susceptibles de les incriminer. Nous dirons simplement que de l'avis de la Commission, les « principes de justice fondamentale[22] » n'exigent pas l'octroi d'une immunité absolue. De toute façon, nous considérons qu'il serait manifestement très utile pour le poursuivant de jouir du pouvoir d'offrir soit la protection contre l'utilisation du témoignage et des éléments de preuve obtenus grâce à lui, soit l'immunité contre toutes poursuites pour l'infraction reliée au témoignage. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, après tout, ne favorise en rien l'*obtention* de témoignages (car il n'incitera personne à témoigner) ; il ne s'applique qu'aux personnes qui sont *déjà* des témoins[23], et ne prévoit aucune immunité à l'égard des infractions non reliées à la déposition. En outre, l'immunité restreinte qu'il offre (même si l'on y ajoute les règles relatives à l'outrage au tribunal, à l'entrave à la justice, au parjure, etc.) risque fort de ne pas être suffisante pour inciter certains témoins à faire une déposition susceptible de les incriminer. Cette disposition ne saurait non plus, bien sûr, amener quiconque à coopérer avec la justice d'une autre manière, par exemple en fournissant certains renseignements ou en devenant indicateur[24].

---

20. Dans l'arrêt *Rank Film Distributors Ltd.* c. *Video Information Centre*, [1982] A.C. 380 (cité dans l'arrêt *Sorby* c. *Commonwealth of Australia* (1983), 57 A.L.J.R. 248, 253 (H.C.), cause civile tranchée par la Chambre des lords, lord Wilberforce a souligné que (p. 443) [TRADUCTION] « peu importe l'utilisation directe que l'on peut faire ou non de renseignements fournis ou de choses mises au jour en vertu des pouvoirs de contrainte du tribunal, il ne faut pas oublier qu'indépendamment de cela, le fait de les avoir fournis ou divulgués risque de déclencher un processus susceptible de déboucher sur une incrimination ou sur la découverte de preuves matérielles de nature incriminante ». Selon le lord juge (p. 443), [TRADUCTION] « la partie à laquelle on a demandé de révéler les faits ou les renseignements en question a, selon les règles établies, le droit d'être protégée contre ces conséquences. »

21. Précité, note 17. La juge Wilson a reconnu que l'obligation légale de donner un témoignage potentiellement incriminant pour soi-même exigeait davantage qu'une simple immunité contre l'utilisation de ce témoignage. La juge Wilson a reçu l'appui du juge Sopinka sur ce point, mais pas celui de ses autres collègues : le juge Lamer n'a pas estimé nécessaire de trancher la question, tandis que les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (qui ont rédigé des opinions distinctes) ont estimé que la protection accordée par le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* était suffisante au regard de l'article 7 de la Charte.

22. Voir l'article 7 de la Charte, *infra*, note 47. Voir aussi *supra*, note 19.

23. Voir Marc L. SHERMAN, « Informal Immunity: Don't You Let That Deal Go Down » (1987-1988), 21 *Loy. L.A. L. Rev.* 1, 39, où l'on souligne ce fait dans le contexte de la législation américaine sur l'immunité.

24. Voir M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, pp. 38, 43, toujours dans le contexte de la législation américaine sur l'immunité.

La pratique consistant à mettre certains criminels à l'abri de toute poursuite soulève des questions d'ordre éthique, philosophique et juridique. Elle a fait l'objet de critiques pour divers motifs, ce qui n'est pas étonnant. Pour certains, elle est contraire à l'équité[25]. Comme le faisait observer le professeur Ed Ratushny, d'aucuns y voient la manifestation d'une inégalité de traitement : on protège un délinquant afin de pouvoir en faire condamner un autre[26]. Certains pourraient ainsi estimer que l'abus des garanties d'immunité porte atteinte au principe d'égalité sur lequel repose le paragraphe 15(1) de la Charte[27]. (Des accusés se sont appuyés sur cette disposition en prétendant que l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de poursuite avait donné lieu à des « poursuites sélectives[28] ».) Tout en nous gardant bien de formuler une opinion générale sur la question, nous croyons qu'il faut éviter toute simplification abusive. À notre avis, c'est une chose de prendre, en matière d'engagement de poursuites, des décisions discriminatoires fondées sur des « caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus[29] », ou de poursuivre d'une manière sélective les personnes appartenant à une « minorité discrète et isolée[30] ». Mais c'est une tout autre chose d'exercer le pouvoir discrétionnaire relatif à l'engagement de poursuites[31] pour des motifs valides[32] et selon des critères et des distinctions rationnels. La légitimité de ce pouvoir discrétionnaire (malgré les « différences de traitement[33] » auquel il peut donner lieu) a été reconnue par les tribunaux canadiens dans diverses causes où la Charte a été invoquée.

---

25. Paul BYRNE, « Granting Immunity from Prosecution », dans Ivan POTAS (dir.), *Prosecutorial Discretion*, Australian Institute of Criminology Seminar Proceedings, n° 6, p. 155, à la page 155, cité dans Ian TEMBY, « Immunity from Prosecution and the Provision of Witness Indemnities » (1985), 59 *Aust. L.J.*, 501, 510.

26. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 400.

27. Le paragraphe 15(1) dispose : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

28. Voir *R.* c. *Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 49 C.C.C. (3e) 267, 281-283 (C.A. Ont.). On a aussi contesté sans invoquer le paragraphe 15(1) la légitimité de différences dans les décisions prises quant à l'engagement de poursuites : voir *R.* c. *M.(G.G.)* (1991), 5 O.R. (3e) 328 (Div. prov.), j. Karswick.

29. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174, (j. McIntyre).

30. *United States* c. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938), cité dans *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, précité, note 29, la juge Wilson (s'exprimant en son nom ainsi qu'au nom du juge en chef Dickson et de la juge L'Heureux-Dubé), p. 152, et le juge McIntyre, p. 183.

31. Tel qu'il est formulé dans les recommandations 3, *infra*, p. 52, et 5, *infra*, p. 55.

32. Voir cependant *R.* c. *Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où le juge La Forest (à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre et Le Dain) a envisagé l'hypothèse d'une situation où « la poursuite était motivée par des considérations illégitimes ou arbitraires », et l'arrêt *R.* c. *Beare* ; *R.* c. *Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, où la Cour a également considéré d'une manière hypothétique « un pouvoir discrétionnaire [...] exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires » (j. La Forest, p. 411).

33. L'expression est notamment utilisée par la juge Wilson dans l'arrêt *R.* c. *Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1330, 1331.

Dans l'arrêt *Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos* c. *R.* ; *Ramos* c. *R.*[34], par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a signalé que [TRADUCTION] « lorsqu'il s'agit d'une infraction à option de procédure, deux cas virtuellement identiques peuvent être traités de façon différente si le procureur général décide d'utiliser la procédure de l'acte d'accusation dans le premier et la procédure sommaire dans le second[35]. » Au sujet de l'article 15 de la Charte, toutefois, la Cour a refusé de souscrire à l'idée que cette disposition interdit nécessairement toute distinction[36]. Dans l'affaire *R.* c. *Lyons*[37], la Cour suprême devait déterminer si « le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande en vertu de la partie XXI [partie XXIV du *Code criminel*, dans la version entrée en vigueur depuis], présente un caractère arbitraire inconstitutionnel[38]. » Pour trancher la question, le juge La Forest[39] a rappelé que « la poursuite jouit toujours du pouvoir discrétionnaire d'aller jusqu'aux limites permises par la loi en poursuivant les criminels[40] ». Il semble bien que, dans ce domaine, peu de choses aient changé depuis l'époque où la Cour, dans l'arrêt *Smythe* c. *La Reine*[41], a cautionné les observations suivantes : « Je ne puis concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée. Il se présentera inévitablement des cas où une personne sera poursuivie tandis qu'une autre, peut-être également coupable, ne le sera pas[42]. »

---

34. (1987) 56 C.R. (3d) 150.

35. *Id.*, 171.

36. *Ibid.* Voir aussi *Re Koleff and The Queen* (1987), 33 C.C.C. (3d) 460, 464 (B.R. Man.), où l'on trouve le passage suivant : [TRADUCTION] « Chaque fois qu'un procureur ou un représentant de la Couronne prend une décision, la possibilité d'une inégalité de traitement existe, soit quant à l'accusation formulée, soit quant aux procédures utilisées pendant le procès. De telles inégalités font implicitement partie du processus et ne constituent pas une discrimination.

37. Précitée, note 32.

38. *Id.*, 347 (j. La Forest).

39. À l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre et Le Dain. La juge Wilson, qui a rédigé son propre jugement, était d'accord avec le juge La Forest sur le point de savoir s'il y avait eu en l'espèce violation de l'article 9 de la Charte.

40. *R.* c. *Lyons*, précité, note 32, 348. Voir aussi l'arrêt *Beare*, précité, note 32, 410-411.

41. [1971] R.C.S. 680.

42. *Id.*, 686, observations du juge d'appel Montgomery dans l'arrêt *R.* c. *Court of Sessions of the Peace, Ex Parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244, 248 (B.R. Qc). Voir aussi *R.* c. *Miles of Music Ltd.* (1989), 69 C.R. (3d) 361, 387 (C.A. Ont.), où le juge Krever a déclaré (au nom de la majorité) : [TRADUCTION] « Un conducteur ayant commis un excès de vitesse ne saurait invoquer à titre de moyen de défense que la police n'a pas poursuivi tous les conducteurs qui ont dépassé la limite de vitesse au même moment sur la même route ».

D'autres arguments peuvent bien sûr être invoqués contre les garanties d'immunité. Les mécanismes instaurés en cette matière dans certains États ont été critiqués, par exemple, en raison de leur manque de précision et des risques de dissimulation[43]. Par ailleurs, certains estiment que le recours excessif à ce moyen peut constituer une menace pour la primauté du droit[44]. Selon eux, ceux qui possèdent des renseignements précieux (et bénéficient donc d'une « immunité potentielle ») risquent de s'enhardir et de commettre de nouvelles infractions[45]. D'un autre point de vue, certains considèrent que les garanties d'immunité menacent la qualité de la preuve, et partant l'équité des procès pénaux, en incitant des criminels à des faux témoignages contre des accusés[46]. Il serait même possible, nous n'en doutons pas, de prétendre qu'une condamnation obtenue grâce à la déposition d'un témoin bénéficiant de l'immunité est contraire à l'article 7 de la Charte[47]. Nous ne pouvons prédire quel sort serait réservé par la Cour suprême à cet argument, mais il serait à notre avis regrettable que l'article 7 soit invoqué pour interdire au ministère public, d'une manière générale et pour des raisons de principe, d'utiliser la déposition de témoins à qui l'immunité a été garantie. Il est évident, comme l'a observé le professeur David M. Paciocco[48], qu'une condamnation résultant d'un parjure ne saurait être tenue pour juste. Mais la question est celle-ci : y a-t-il lieu de prohiber les ententes portant garantie d'immunité simplement à cause du *risque* que des témoins à qui l'immunité a été accordée se parjurent ? Pour notre part, nous répondons par la négative. On peut certes imaginer qu'un poursuivant présente un témoignage alors qu'il sait (ou devrait savoir) qu'il s'agit d'un parjure[49]. Mais la situation est bien différente lorsque, en toute

---

43. P. Byrne, *loc. cit.*, note 25, 155, cité par I. Temby, *loc. cit.*, note 25, 510.

44. A.T.H. Smith, *loc. cit.*, note 12, 300, citant Joseph Raz, « The Rule of Law and Its Virtue » (1977), 93 *Law Q. Rev.* 195, 201.

45. *Ibid.*

46. Dans l'arrêt *People* c. *Brunner*, 32 Cal. App. 3d 908, 913-914 (1973) (cité par M.L. Sherman, *loc. cit.*, note 23, 46), on peut lire :

> [Traduction]
> [U]n témoin peut être influencé par ses espoirs et ses craintes au point où il promettra, pour obtenir une garantie d'immunité, de témoigner exactement comme le souhaite la poursuite. C'est en donnant satisfaction au poursuivant que le témoin peut obtenir sa liberté ; le poursuivant peut donc, en faisant miroiter une garantie d'immunité, faire dire au témoin ce qu'il veut. Ce danger est particulièrement sérieux lorsque le témoin sait qu'on attend de lui une déposition bien précise, sans laquelle il ne bénéficiera pas de l'immunité promise.

Voir aussi *United States* c. *Kilpatrick*, 594 F. Supp. 1324 (D. Colo. 1984), révisé par 821 F. 2d 1456 (10th Cir. 1987), cité par M.L. Sherman, *loc. cit.*, note 23, 55.

47. Aux termes de cette disposition, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

48. Voir David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 336, 339, 382. Comme l'indiquent les notes subséquentes, nous nous sommes considérablement inspirés du texte du professeur Paciocco pour arriver à la position exprimée ici quant à l'article 7 de la Charte. Nous tenons cependant à préciser que nous ne savons pas du tout si le professeur Paciocco serait d'accord avec les conclusions particulières auxquelles nous sommes arrivés.

49. Cette question est étudiée, dans les perspectives constitutionnelles américaine et canadienne, par D.M. Paciocco, *op. cit.*, note 48, pp. 338-339, 344-346, 379-383.

bonne foi, il cite un témoin dont la déposition *pourrait* être peu digne de confiance[50]. Dans la jurisprudence antérieure à la Charte (comme l'indique l'analyse du professeur Paciocco), des témoignages non dignes de foi ont été reçus dans diverses circonstances[51]. Les tribunaux mis au courant de l'existence d'éléments tendant à jeter un doute sur la crédibilité de la déposition d'un témoin à charge ont ordinairement présumé que le juge des faits était en mesure d'en apprécier la force probante (et de lui accorder la valeur qu'elle méritait), ou lui ont permis de se fonder sur elle, mais en fixant certaines conditions préalables touchant la corroboration[52]. Par conséquent, si le juge des faits reçoit toute l'information dont il a besoin pour apprécier la crédibilité du témoignage[53], nous ne pensons pas que le fait de recevoir la déposition d'un témoin bénéficiant de l'immunité doive être en soi tenu pour contraire aux « principes de justice fondamentale[54] ».

L'effet de ces critiques (et de certaines autres traitées au second chapitre) est peut-être amplifié par la rareté des justifications formulées dans la jurisprudence canadienne à l'égard de la pratique qui nous intéresse. Cette rareté est bien sûr attribuable au fait que les décisions en cette matière sont prises par le poursuivant plutôt que par le juge. Dans le domaine connexe de la détermination de la peine, où ce dernier joue un plus grand rôle, la prise en compte de la collaboration du délinquant a en effet été expliquée de façon assez élaborée[55].

---

50. Sur la recevabilité, en général, des témoignages peu dignes de foi, dans la jurisprudence antérieure à la Charte, voir D.M. Paciocco, *op. cit.*, note 48, pp. 359, 373.

51. Voir D.M. Paciocco, *op. cit.*, note 48, pp. 364-365.

52. Observation faite également par le professeur Paciocco dans son analyse de la jurisprudence antérieure à la Charte. Pour une analyse plus détaillée et plus précise, voir D.M. Paciocco, *op. cit.*, note 48, pp. 359-391.

53. Sur l'importance de la capacité du juge des faits à apprécier le témoignage, voir D.M. Paciocco, *op. cit.*, note 48, pp. 359-375. Voir à ce sujet, rec. 13 (et le commentaire qui l'accompagne), *infra*, p. 70.

54. Article 7 de la Charte.

55. On peut prendre comme exemple l'arrêt *R.* c. *Laroche* (1983), 6 C.C.C. (3e) 268 (C.A. Qc). Voir aussi *R.* c. *Switlishoff* (1950), 9 C.R. 428 (C.A. C.-B.) ; *R.* c. *Alfs* (1974), 17 *C.L.Q.* 247 (C.A. Ont.) ; *R.* c. *Twaddell*, 18 février 1976 (C.A. C.-B), tous cités dans Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1987, p. 165, n. 191. Dans l'affaire *Laroche*, le délinquant [Traduction] « n'a pas seulement admis avoir participé à une série d'actes criminels, mais il a révélé à la police le nom de ses complices dont certains étaient plus vieux que lui et étaient des criminels plus expérimentés, et il a fait une déposition qui a mené à la condamnation de plusieurs d'entre eux » (j. Montgomery, p. 270). Le juge Montgomery a conclu (p. 269) qu'il était « souhaitable de faire preuve d'une indulgence inhabituelle à l'égard de ce jeune homme » et (p. 270) qu'une peine d'emprisonnement « serait contraire à l'intérêt public », en invoquant les arguments suivants (p. 270) :

> [Traduction]
> Le sens de l'honneur chez les voleurs peut paraître noble à certains, mais si c'est une vertu, ce n'en est pas une dont la police et les tribunaux peuvent se permettre d'encourager la pratique. L'intimé a rendu à la société un service qui pourrait bien comporter des risques pour sa personne. À tout le moins, il est peu vraisemblable qu'on lui fasse dorénavant confiance dans le milieu du crime et cela en soit est un indice qu'il n'a pas l'intention de fréquenter ce milieu à l'avenir. Je ne puis imaginer de plus forte preuve du désir, pour un criminel, de donner une nouvelle orientation à sa vie que le fait de dénoncer ses complices et de voir ceux-ci condamnés par la suite. À cause de sa collaboration passée avec les autorités, l'incarcération de l'intimé serait vraisemblablement très déplaisante — sinon dangereuse — pour lui.

Le juge Paré a ajouté notamment ceci (p. 271) : « [...] les délations dont ses complices furent l'objet de sa part, réduiront les probabilités qu'il puisse s'associer à d'autres comparses dans l'avenir. Ceci aura de toute façon pour effet de restreindre le champ de ses activités criminelles en commun avec eux par nécessité, sinon par choix. »

La moralité des garanties d'immunité ne repose pas, selon nous, sur l'idée que la délation ou le fait de témoigner en faveur du ministère public est une manifestation de repentir ou de volonté de s'amender[56]. Nous voulons bien reconnaître, cependant, que la contrepartie offerte par un délinquant à qui l'on offre l'immunité (quelle que soit sa motivation) peut, dans des cas exceptionnels, suffire à effacer sa dette envers la collectivité[57]. Nous ne trouvons pas non plus immoral en soi que le système permette de remettre certains coupables en liberté ; après tout, notre régime de justice pénale, avec ses protections élaborées, a toujours considéré que cela pouvait être opportun lorsque la société peut en tirer profit. On peut tolérer une certaine inégalité (conséquence inévitable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire) lorsque les fins poursuivies le justifient. Nous reconnaissons certes qu'un recours fréquent aux garanties d'immunité risquerait d'émousser l'éventuel effet dissuasif des lois pénales, mais nous doutons que, employé à l'occasion et de manière judicieuse, ce moyen puisse avoir des effets négatifs de quelque importance sur la société[58].

Nous ne nions pas que l'exercice du pouvoir d'offrir l'immunité puisse donner lieu à des abus, comme c'est le cas de tout pouvoir discrétionnaire. Il ne faudrait surtout pas croire que la Commission appuie cette pratique sans réserve aucune. La moralité de toute entente de cette nature tient certainement, entre autres choses, à la pondération dont les autorités font preuve. Ainsi, il serait sans doute acceptable d'abandonner des poursuites pour un délit mineur en échange de renseignements qui permettront de sauver une centaine de vies ; comme il serait vraisemblablement inacceptable de renoncer à poursuivre l'auteur d'une tuerie contre des renseignements qui permettraient de poursuivre une infraction de peu de gravité.

Nous partageons un bon nombre des inquiétudes manifestées au sujet des garanties d'immunité, qui à notre avis plaident vivement en faveur de la réglementation de cette pratique. Il nous paraît important, en particulier, de veiller à ce que la chose se fasse en conformité avec certaines normes morales et avec les principes fondamentaux qui ont guidé tout le travail accompli par la Commission dans le domaine de la procédure pénale[59]. Toutefois, nous ne considérons pas que les garanties d'immunité sont immorales en soi ni qu'il y a lieu de les interdire. Avant d'entreprendre l'étude des aspects juridiques de la question et de présenter nos propositions concernant la réglementation de la pratique faisant l'objet de ce document, il nous faut préciser notre position sur les importants problèmes d'ordre éthique qu'elle soulève.

---

56. Voir Michael Davis, « Sentencing: Must Justice Be Even-Handed? » (1982), 1 *Law and Philosophy* 77, 91.

57. *Id.*, 92.

58. Voir Michael Bayles, « Principles for Legal Procedure » (1986), 5 *Law and Philosophy* 33, 45-46, où cet argument est invoqué, au regard de l'éventuel coût moral de l'omission de condamner une personne coupable.

59. Voir CRD, *Notre procédure pénale*, Rapport n° 32, Ottawa, la Commission, 1988.

CHAPITRE DEUX

Questions d'ordre éthique

Les garanties d'immunité contre des poursuites soulèvent des questions non seulement sur le plan du droit mais aussi sur le plan de l'éthique. À ce chapitre, en effet, cette pratique semble prêter le flanc aux mêmes objections que le marchandage de plaidoyers[60]. On pourrait estimer : qu'elle entraîne la commercialisation du système judiciaire en ouvrant la voie à la conclusion de « marchés[61] » ; qu'elle nuit à sa transparence en permettant des accords secrets[62] ; qu'elle en réduit l'efficacité en soustrayant des délinquants au bras de la justice[63] ; qu'elle compromet son intégrité, la fin étant considérée comme justifiant les moyens[64] ; qu'elle mine son impartialité, certains délinquants étant traités d'une manière différente des autres[65]. Toute discussion des garanties d'immunité du point de vue de l'éthique devrait donc être axée sur ces cinq objections.

I. La commercialisation de la justice

Certains commentateurs critiquent les ententes portant garantie d'immunité pour le motif qu'elles entraînent une « commercialisation » de la justice. En 1215, rappelleront-ils, le roi Jean sans Terre s'engageait dans la Grande Charte à ce que la justice ne soit

---

60. Pour des motifs exposés dans le document de travail n° 60, *op. cit.*, note 1, pp. 3-4, la Commission a préféré abandonner l'expression « marchandage de plaidoyers », avec sa connotation négative pour retenir celles, non péjoratives, de « négociation du plaidoyer », « discussion sur le plaidoyer » ou « entente sur le plaidoyer », puisque l'objet de cette pratique n'est pas de permettre à l'accusé de s'en tirer « à bon marché », mais d'en venir à une entente satisfaisante.

61. *Ibid.*

62. Voir *supra*, le chapitre premier et les sources qui y sont citées.

63. *Ibid.*

64. La doctrine selon laquelle la fin justifie les moyens a été préconisée par MACHIAVEL dans *Le Prince*, ch. 15 et 18. Voir aussi John L. MACKIE, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977, pp. 159-168.

65. Le principe directeur de la justice est souvent formulé en ces termes : « Traitez des cas semblables de la même manière » : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 193-194.

vendue ni refusée à personne[66]. Car la justice suppose des décisions sur le fond. Comme nous l'écrivions dans un document antérieur, elle ne doit ni être ni sembler être « quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations[67] ».

Or les ententes portant garantie d'immunité, à l'instar des ententes sur le plaidoyer, n'entraînent-elles pas un marchandage de la justice ? Dans une entente sur le plaidoyer, l'accusé promet au poursuivant de plaider coupable, contre la promesse d'un avantage quelconque — une atténuation de la peine, par exemple. Dans une entente portant garantie d'immunité, le ministère public promet de ne pas intenter de poursuite, en échange d'un engagement quelconque du délinquant (celui de déposer contre un accusé, par exemple). Dans un cas comme dans l'autre, le sort de l'intéressé est déterminé en fonction, non pas de ce qu'il a fait, mais du marché conclu entre lui et le ministère public — marché que certains juristes jugent regrettable et avilissant pour notre système de justice pénale[68].

Le principe s'opposant à la commercialisation de la justice exclut-il vraiment ce type d'ententes ? Il interdit certes la conclusion, entre une partie et le juge, d'accords minant l'impartialité de ce dernier. Mais les ententes sur le plaidoyer et sur une garantie d'immunité, quant à elles, sont conclues entre les parties — entre le poursuivant et l'accusé (potentiel). Au nom de quoi les jugerait-on inacceptables ?

Dans les poursuites civiles, les ententes entre les parties ne posent aucun problème. Chacun des plaideurs est entièrement maître de sa cause : lorsque X poursuit Y pour négligence, nul n'aura de motif valable de se plaindre si X se désiste, si Y consent à jugement ou si l'on décide de régler l'affaire à l'amiable. Les parties au procès — et elles seules — peuvent prendre de telles décisions.

Au pénal, il en va autrement. Les actes criminels causent en effet, en plus d'un tort privé, un tort public car, ainsi que le soulignait Bentham, ils entraînent non seulement un préjudice primaire ou direct mais aussi un préjudice secondaire ou indirect. Le préjudice primaire est subi par la victime individuelle : blessures, perte de biens, etc. ; le préjudice

66. Grande Charte, 1215, art. 40. En 1620, lord Bacon, lord chancelier d'Angleterre, fut démis de ses fonctions pour avoir accepté des pots-de-vin de plaideurs. On trouvera plusieurs autres exemples de cas de révocation de juges pour corruption dans Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1990, pp. 226-245.

67. CRD, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, Document de travail n° 15, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 52. Voir aussi G.L. GALL, *op. cit.*, note 66, p. 192, pour des exemples de juges destitués pour avoir fait le commerce de la justice.

68. Voir CRD, *op. cit.*, note 1, pp. 7-8, la critique de la négociation du plaidoyer, ainsi que *supra*, le chapitre premier et les sources qui y sont citées.

secondaire, par la collectivité : appréhension et crainte au sein du public[69]. Dans les poursuites criminelles, donc, le poursuivant agit moins pour le compte de la victime individuelle (qui, après tout, conserve le droit de poursuivre au civil pour le préjudice subi) que pour le compte de la collectivité. C'est pourquoi les négociations entre le poursuivant et l'accusé ou l'accusé en puissance (qu'elles portent sur le plaidoyer ou sur une éventuelle garantie d'immunité) n'intéressent pas uniquement les parties ; elles concernent la collectivité dans son ensemble, de même que l'intérêt public.

Les ententes sur le plaidoyer et les ententes portant garantie d'immunité peuvent-elles répondre à l'intérêt public ? Dans une société juste, la recherche de la justice est, plaideront certains, essentielle au regard de l'intérêt public, et la justice exige sûrement que les actes répréhensibles soient punis : l'auteur d'un crime doit selon eux être châtié, coûte que coûte. Les ententes entre l'État et le délinquant qui empêchent l'application de ce principe iraient manifestement à l'encontre de la notion de rétribution et par conséquent de l'intérêt public[70].

Mais la plupart des gens rejettent de nos jours cette notion d'une justice fondée sur la rétribution et envisagent différemment le rôle du processus judiciaire pénal[71]. La commission d'un crime, estimera-t-on, est une condition nécessaire mais non suffisante du châtiment. En outre, le châtiment n'est pas une fin en soi mais un moyen d'en atteindre une autre : faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société. Il existe différents moyens d'y parvenir, l'un étant une réduction générale de la criminalité, un autre la réconciliation entre le délinquant, la victime et le public. Or, souvent, la meilleure façon de favoriser cette réduction de la criminalité et cette réconciliation consiste, pour les autorités, à négocier certaines choses avec des délinquants : ententes sur le plaidoyer, garanties d'immunité, etc.

Ni les ententes sur le plaidoyer, ni les ententes portant garantie d'immunité ne sont donc nécessairement contraires au principe qui s'oppose à la commercialisation de la justice. Un demandeur au civil peut légitimement renoncer à faire valoir rigoureusement ses droits contre un défendeur ; le ministère public peut tout aussi légitimement renoncer aux droits de l'État quant à la poursuite d'un délinquant. La seule différence réside en ceci que, si le demandeur au civil peut agir dans son propre intérêt et se désister de son action pour

---

69. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. par J. H. BURNS et H.L.A. HART, Londres, Athlone, 1970, ch. 12, pp. 143-157.

70. Selon la théorie classique de la justice rétributive associée principalement à Kant, la responsabilité criminelle est une condition à la fois nécessaire et suffisante pour le châtiment, que la société est par conséquent obligée d'imposer. « Même si une société décidait avec le consentement de tous ses membres de se dissoudre — supposons le cas d'habitants d'une île qui décident de se séparer et de s'éparpiller dans le monde — il faudrait exécuter le dernier assassin emprisonné avant de mettre en pratique cette décision. Et ceci, pour que chacun réalise ce que méritent ses actes ». I. KANT, *The Philosophy of Law*, trad. de Hastie, 1887, pp. 194-198, cité par Paul C. WEILER, « *La réforme de la peine* », dans CRD, *Études sur le sentencing*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 159.

71. P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 70 ; voir aussi CRD, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976.

s'épargner argent, temps et ennuis, le représentant du ministère public, lui, doit agir en fonction de l'intérêt public, et non de ses intérêts personnels — il ne saurait, par exemple, abandonner une poursuite pour alléger sa charge de travail. La transparence est donc de mise, car on doit être en mesure de vérifier qu'il s'acquitte de cette obligation inhérente à sa charge.

II. Le secret

On pourrait s'opposer aux ententes sur le plaidoyer et aux garanties d'immunité pour un second motif, soit leur caractère secret. En effet, elles sont parfois le résultat de décisions prises en catimini plutôt qu'en pleine lumière, devant le tribunal. Il se peut donc que, à l'insu du public, des injustices soient commises. Ou encore, que des injustices paraissent avoir été commises, le public n'ayant aucun moyen de vérifier. D'où l'opposition au secret en ces matières, et l'importance de la maxime : « La justice doit non seulement ne pas être partiale, mais encore éviter de donner l'impression de l'être[72] ». D'où aussi la nécessité de principes comme ceux énoncés dans le rapport de la Commission, *Notre procédure pénale*[73].

Dans ce texte, la Commission cherchait à établir à quels principes devrait obéir la procédure pénale dans une société juste et équitable. Ce rapport « constitue essentiellement une cristallisation de la méthode caractéristique suivie depuis plus de quinze ans par la Commission en vue de la réforme de la procédure pénale » ; les principes qui y sont énoncés « se reflètent dans les règles de procédure élaborées par la Commission[74] ». Il s'agit notamment des principes de responsabilité et de participation[75].

La responsabilité est le mécanisme permettant de s'assurer que les personnes en situation d'autorité respectent les normes de la justice[76]. Comme l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est indispensable à l'administration de la justice, ceux à qui ils sont attribués doivent justifier l'usage qu'ils en font. Le principe de responsabilité — la possibilité d'obliger ces personnes à rendre compte de la façon dont elles s'acquittent de leurs fonctions — permet de prévenir les abus de la part des représentants de l'État.

La participation des citoyens est également importante à cet égard. Mais comment peuvent-ils jouer un rôle concret et efficace dans des procédures pénales dont ils n'ont pas connaissance et auxquelles ils n'ont pas accès ? Le contrôle, par le public, du comportement des représentants de l'autorité publique est une garantie démocratique qui suppose la transparence du processus[77]. Cette transparence est donc indissociable du principe de participation.

---

72. *R.* c. *Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256 (j. en chef Hewart).
73. *Op. cit.*, note 59.
74. *Id.*, p. 3.
75. *Id.*, p. 25.
76. *Id.*, p. 28.
77. *Id.*, p. 29.

Or, la transparence est battue en brèche lorsque, à l'insu du public, sont appliquées des règles qui diffèrent de celles qu'a établies le Parlement. Supposons que le législateur qualifie tel ou tel acte de crime, mais que les auteurs de l'acte en question ne soient pas poursuivis, les autorités ayant secrètement décidé de leur accorder l'immunité. On en conclura sans doute que le public a été trompé, qu'il s'agit d'un simulacre de justice, que le droit « théorique » s'écarte du droit « pratique[78] ».

Cet écart n'a toutefois rien de condamnable en soi. Les ressources étant limitées, les responsables de l'application de la loi ne sauraient en effet poursuivre tous les délits qui leur sont signalés. Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministère public est un élément inévitable, et tout à fait souhaitable, à vrai dire, de la justice pénale — inévitable, pour des motifs économiques ; souhaitable, pour des raisons tenant à la morale pratique, car il permet l'application du principe de la modération en droit pénal[79]. Ce qui, dans le domaine qui nous intéresse, porte atteinte au principe de la transparence, ce n'est pas l'écart entre « droit théorique » et « droit pratique », mais bien l'élément de dissimulation parfois présent dans le processus. Or, il est facile de mettre fin à cette dissimulation par l'établissement de règles comme celles que nous proposons dans ce document.

III. L'efficacité de la justice

Les garanties d'immunité, comme les ententes sur le plaidoyer, suscitent des réserves d'une autre nature. Car même lorsque tout se passe ouvertement et de la manière la plus correcte, l'efficacité de la justice peut en souffrir. D'une manière générale, la décision de s'abstenir de poursuivre une personne qu'on sait coupable du crime — et surtout le fait de s'engager à ne pas la poursuivre — est en effet susceptible de heurter un autre principe fondamental de notre procédure pénale : le principe de la protection.

La Commission, dans ses rapports intitulés *Notre droit pénal*[80] et *Notre procédure pénale*[81], a expliqué qu'à son avis, l'objet ultime du droit pénal est de promouvoir et de faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société. Cela suppose la reconnaissance de certaines valeurs fondamentales qui, comme nous l'écrivions dans le premier de ces deux rapports[82], se répartissent en deux catégories : celles qui sont essentielles à toute société parce que, sans elles, la vie en société serait impossible (respect de la vie, non-violence, etc.) ; et celles auxquelles toute société digne de ce nom accorde un grand prix, bien qu'elles ne soient pas essentielles (liberté, droit à l'intimité de la vie privée). L'apport du droit pénal consiste donc à réaffirmer ces valeurs fondamentales et à en dénoncer les violations, au moyen des poursuites, du procès et de la peine[83].

---

78. Cette distinction entre droit théorique (*pure law*) et droit pratique (*living law*) a été établie par Eugen EHRLICH dans *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, Arno, 1975.

79. Voir CRD, *op. cit.*, note 71, p. 19 et suiv., et CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

80. CRD, *op. cit.*, note 71, p. 7 et suiv.

81. CRD, *op. cit.*, note 59, p. 30.

82. CRD, *op. cit.*, note 71, p. 20 et suiv.

83. *Id.*, p. 5 et suiv. ; CRD, *op. cit.*, note 59, p. 30.

Or, les négociations aboutissant à des ententes sur le plaidoyer et à des garanties d'immunité semblent empêcher cet apport. Normalement, une atteinte à une valeur fondamentale donne lieu à un procès criminel et à une condamnation. Si, au lieu de cela, le ministère public s'engage à ne pas poursuivre le coupable en échange d'une collaboration quelconque, peut-on vraiment dire que le droit pénal remplit sa fonction ?

Pourtant, le but ultime consiste à faire régner la justice et la sécurité dans la société. Et pour l'atteindre, il vaut mieux dans certains cas, plutôt que de poursuivre tous les délinquants connus, en inciter certains à prêter leur concours à l'application de la loi pénale contre d'autres personnes. Le public sera sans doute mieux protégé contre des fléaux comme le terrorisme, l'espionnage, le trafic de stupéfiants si l'on soustrait certaines personnes à la justice afin d'obtenir ainsi la condamnation de criminels, que si l'on tente de poursuivre tout le monde sans parvenir à faire condamner personne.

IV. Atteinte à l'intégrité de la justice — la fin et les moyens

Comme nous l'avons déjà fait observer, les garanties d'immunité constituent pour certains un moyen essentiel à la réalisation d'une fin légitime, à savoir la répression par les tribunaux du grand banditisme et de certaines autres activités criminelles. La décision de ne pas poursuivre un délinquant — et, a fortiori, le fait de lui garantir l'immunité — serait justifiable par ce but ultime.

Mais la fin justifie-t-elle toujours les moyens ? Est-il vrai que [TRADUCTION] « toute fin pouvant en soi être tenue pour bonne justifierait l'utilisation de quelque moyen propre à favoriser sa réalisation[84] » ? Peut-on vraiment dire, dans tous les cas : « Rendez, en commettant une faible injustice, justice véritable et grande[85] » ? Ou bien n'y a-t-il pas lieu d'estimer au contraire que, du mal ne peut jamais sortir un bien, et de poser que nulle fin, si bonne soit-elle, ne saurait justifier l'emploi de moyens répréhensibles ?

Machiavel lui-même, semble-t-il, n'adhérait pas à la première de ces thèses[86] ; et c'est du reste le cas de la plupart de ceux qui plaident pour la légitimité des garanties d'immunité, lesquels, en fait, défendent plutôt l'idée suivante : [TRADUCTION] « [C]e qu'il peut y avoir de répréhensible dans le moyen proposé doit être mis dans la balance d'une manière équitable avec ce qu'il y a de bon dans la fin poursuivie, sans que l'on accorde une importance spéciale ni à l'un ni à l'autre. Il est au demeurant possible qu'une fin, si elle est suffisamment louable, l'emporte sur un moyen très mauvais en soi[87]. »

---

84. J.L. MACKIE, *op. cit.*, note 64, p. 159.

85. SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise — The Merchant of Venice*, trad. par F.C. Danchin, Paris, Aubier, Éditions Montaigne, 1938, acte IV, scène i, v. 215.

86. J.L. MACKIE, *op. cit.*, note 64, p. 159.

87. *Ibid.*

Rares sont les personnes, inversement, qui diraient que la fin ne saurait en aucun cas justifier les moyens. Au contraire : la plupart des gens croient aujourd'hui que parfois, sinon toujours, un acte par ailleurs mauvais peut être justifié comme moyen d'atteindre une fin légitime. Ainsi, on jugerait correct, en droit comme au regard de la morale, d'enfreindre un règlement de la circulation lorsqu'une vie est en jeu — par exemple, qui blâmerait une personne qui prend le volant d'une voiture sans être titulaire d'un permis de conduire, afin de conduire à l'hôpital un voisin grièvement blessé, lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de transport ? Nul ne songerait non plus à reprocher au capitaine d'un navire en perdition de jeter la cargaison à la mer pour maintenir le navire à flot et sauver passagers et équipage[88]. Car entre deux maux, il est justifiable de choisir le moindre ; c'est du reste ce qu'enseigne la théorie de la nécessité[89].

Ce principe comporte tout de même certaines limites. Quelles sont-elles ? À notre avis, deux conditions doivent être remplies pour qu'il s'applique. D'abord, il ne doit pas y avoir de disproportion entre le moyen et la fin en cause — si le souci de sauver une vie peut justifier la destruction de biens, l'inverse n'est jamais vrai. Ensuite, il ne doit y avoir rien d'intrinsèquement mauvais dans le moyen utilisé — aucune fin ne saurait justifier un acte mauvais en soi, comme le fait de commettre délibérément une injustice (on ne pourrait en aucun cas, par exemple, punir intentionnellement une personne que l'on sait innocente de toute faute).

Dans cette perspective, les garanties d'immunité sont-elles justifiables en tant que moyen d'obtenir des renseignements sur l'activité criminelle de certaines personnes, d'amener quelqu'un à témoigner contre d'autres délinquants, ou de favoriser de quelque manière le bien public ? Premièrement, sont-elles bien proportionnées au but visé (obtention de renseignements, etc.), ou peuvent-elles se justifier par l'une des raisons suivantes : le fait que la personne effectivement poursuivie a commis un crime plus grave que le bénéficiaire de l'immunité ; le principe qu'entre deux maux, il faut choisir le moindre ; ou enfin l'intérêt public, d'une manière générale ? Deuxièmement, le fait de garantir à une personne l'immunité contre des poursuites a-t-il *en soi* quelque chose de répréhensible, au regard de l'équité et de la justice, par exemple ?

Voyons en premier lieu la question de la disproportion entre les moyens et la fin — entre les garanties d'immunité et l'objectif poursuivi. Imaginons, par exemple, que l'objectif visé est d'amener le bénéficiaire de l'immunité à déposer contre un autre délinquant et ainsi faire condamner ce dernier. Ici, l'éventuelle disproportion sera fonction de la gravité relative des crimes imputables aux deux délinquants en cause. La possibilité d'obtenir une déposition contre un grand criminel et de le faire condamner grâce à cette déposition pourrait fort bien justifier l'octroi d'une immunité à un petit délinquant. Mais pas l'inverse. La volonté de faire condamner un meurtrier, par exemple, justifie sans doute que l'on accorde l'immunité à un simple complice après le fait, mais on ne saurait légitimement garantir l'immunité au meurtrier pour obtenir la condamnation du complice.

---

88. Voir *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1341.

89. Voir Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1987, p. 432 et suiv., et Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1983, p. 597 et suiv.

Il faut aussi tenir compte de l'intérêt public en général. Prenons le cas où plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction mais ne peuvent pas toutes être condamnées. Un exemple : deux individus commettent conjointement un acte criminel dont la perpétration ne peut être établie que par le témoignage de l'un d'eux. Le ministère public se trouve alors devant cette alternative : soit accorder l'immunité à l'un, le persuader de déposer contre l'autre et obtenir ainsi la condamnation de ce dernier ; soit relâcher les deux suspects, faute de preuves. Devant un tel dilemme, ne peut-il pas légitimement choisir le moindre de deux maux et préférer s'assurer la condamnation d'un seul des délinquants plutôt que de les voir s'en tirer impunément tous les deux ?

V. Injustice et inégalité

Se pose en second lieu la question de la moralité intrinsèque du moyen utilisé. Y a-t-il quelque chose d'intrinsèquement mal à ne pas poursuivre un délinquant connu, à savoir celui à qui l'on garantit l'immunité ? S'il est injuste de poursuivre délibérément une personne que l'on sait tout à fait innocente, est-il de la même façon injuste de renoncer délibérément à en poursuivre une qu'on sait coupable ? Est-il injuste d'établir une discrimination contre un délinquant en faveur d'un autre — de poursuivre l'un, mais pas l'autre ? Ces questions nous conduisent à la dernière des cinq objections énumérées plus haut.

L'un des principes mis en lumière dans *Notre procédure pénale* est celui de l'équité[90]. Les règles de procédure, selon la Commission, devraient être équitables et considérées comme telles par les personnes concernées[91]. Trois aspects de ce principe sont particulièrement pertinents ici : égalité de tous devant la loi, existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi, droit de tout accusé à un procès équitable. Dans quelle mesure la décision de ne pas poursuivre un délinquant reconnu est-elle compatible avec ces trois aspects de l'équité ?

A. Égalité de tous devant la loi

« [L]a justice, selon H.L.A. Hart, est traditionnellement considérée comme devant maintenir ou rétablir une *balance* ou une *proportion*, et [...] son principe directeur est souvent formulé en ces termes : [...] "Traitez des cas semblables de la même manière et des cas différents de manière différente[92]." » C'est le principe de la justice distributive : assurer un partage équitable des avantages et des charges entre les membres de la société[93]. Les délinquants dont le cas est semblable devraient donc tous être poursuivis,

---

90. CRD, *op. cit.*, note 59, pp. 25-26. Dans ce contexte, le principe d'équité coïncide jusqu'à un certain point avec les principes de participation et de protection.

91. *Id.*, p. 25.

92. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 65, pp. 193-194.

93. La distinction entre justice distributive et justice corrective, soit entre la justice qui maintient l'équilibre et celle qui le rétablit, a été faite par ARISTOTE au livre V de l'*Éthique à Nicomaque*.

condamnés et punis de la même manière. Comme la Commission l'écrivait dans *Notre procédure pénale*, l'équité exige que le droit pénal soit appliqué d'une façon égalitaire, que les personnes placées dans la même situation soient traitées de la même façon et qu'aucune catégorie de citoyens ne puisse échapper à l'application de la loi[94].

Or, dira-t-on, c'est précisément ce principe qui est violé par les garanties d'immunité. Lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction criminelle, toutes sont criminellement responsables et toutes devraient, suivant l'équité et la justice, être l'objet des mêmes poursuites. Accuser les unes et non les autres, c'est enfreindre le principe suivant lequel il faut traiter les affaires semblables de la même manière ; cela revient en effet à traiter différemment des affaires semblables et à privilégier certains individus en les plaçant au-dessus de la loi.

Mais . . . s'agit-il toujours bien de cas semblables ? Et si l'un des délinquants a participé plus activement au crime, s'il est plus coupable que l'autre ? Si la participation et la culpabilité des deux est égale, mais que l'un constitue un plus grand danger que l'autre pour la société ? Ou encore, si la participation, la culpabilité et la dangerosité des deux sont les mêmes, mais que l'un collabore davantage avec les autorités ?

Prenons d'abord le degré de participation ou de culpabilité. Nous avons déjà vu que de telles différences avaient un effet sur la proportionnalité du moyen par rapport à la fin : il peut s'avérer justifié de ne pas poursuivre l'individu le moins coupable si l'on peut ainsi s'assurer la condamnation du plus coupable. Mais elles ont également une incidence sur la question de la justice et de l'égalité. Supposons par exemple qu'un des délinquants est un minable pion d'une organisation criminelle, tandis que l'autre est un des patrons ; que l'un joue un rôle mineur dans l'exécution du crime (il fait le guet) alors que l'autre accomplit le crime comme tel (le meurtre, par exemple) ; que l'un agit par crainte de l'organisation et que l'autre inspire cette crainte. Juridiquement, ces distinctions n'ont aucune valeur : celui qui monte la garde encourt la même responsabilité que celui qui commet l'acte — tous deux participent à la perpétration du même crime. Sur le plan moral, cependant, il y a une grande différence entre le caïd de la mafia et le sous-fifre, entre l'exécutant réel et celui qui l'aide, entre l'agent entièrement libre et celui qui agit sous la contrainte. Le second mérite en effet, moralement, d'être traité avec plus d'indulgence — et le fait que celle-ci prenne la forme d'une garantie d'immunité ne porte pas nécessairement atteinte au principe d'égalité.

Voyons maintenant les différences du point de vue du danger pour la société. Supposons que l'un des délinquants est un tueur à gages et que les autres sont des patrons de la mafia locale pour le compte de qui le premier agit. Sur le plan individuel, chacun des patrons est peut-être moins coupable que le tueur, mais collectivement ils peuvent constituer un plus grand danger pour la société. Le ministère public peut accorder l'immunité au premier, afin de le persuader de déposer contre les autres et d'obtenir ainsi leur condamnation. Il pourrait aussi poursuivre uniquement le premier et renoncer à le faire

94. *Op. cit.*, note 59, p. 26.

témoigner contre les caïds, qui échapperont alors à la justice. Mais dans une telle situation, le danger social plus grand que représentent les patrons de la mafia justifie sûrement que l'on accorde l'immunité à leur homme de main.

Il faut enfin dire un mot au sujet des différences tenant au degré de collaboration. Supposons (pour reprendre un exemple utilisé un peu plus haut) que deux individus commettent conjointement un acte criminel dont la perpétration ne peut être établie que par le témoignage d'un des deux. L'un est disposé à aider les autorités et à témoigner, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, mais pas l'autre. On ne saurait dire que l'octroi de l'immunité dans ce cas pèche contre l'équité, car celui à qui elle est offerte est davantage que l'autre disposé à collaborer — à cet égard, les deux délinquants sont manifestement dissemblables.

Et si nos deux délinquants étaient également disposés à aider le ministère public en échange de l'immunité ? Rien ne les distinguerait alors sur les plans de la participation au crime, de la culpabilité et de la volonté de collaborer. Mais il pourrait tout de même y avoir des différences entre les deux — âge, repentir, chances de retrouver le droit chemin —, différences autorisant le ministère public à décider, en toute légitimité, d'en poursuivre un et non pas l'autre.

Reste le cas très rare — sans doute théorique, en réalité — où l'on ne peut trouver aucune différence entre les intéressés quant à la participation au crime, à la culpabilité, à la dangerosité, à la volonté de collaborer ou aux chances de réinsertion sociale. Le ministère public se trouve simplement devant cette alternative : faire condamner l'un des deux, ou ne poursuivre ni l'un ni l'autre. La première solution est de toute évidence préférable du point de vue de l'intérêt public. Il est sûr, également, que la décision de poursuivre l'un plutôt que l'autre sera en un certain sens arbitraire, vu l'absence de tout critère. L'octroi de l'immunité à l'un des deux n'en demeure pas moins justifiable au regard de l'intérêt public (à la condition que la décision ne tienne pas à des considérations inopportunes, comme les éventuelles relations d'un des deux délinquants en haut lieu). De tels dilemmes ne peuvent se résoudre par une course au bureau du poursuivant. D'un autre point de vue, il nous paraît assez certain que les tribunaux canadiens n'accueilleraient pas favorablement le recours par lequel un accusé ne s'étant pas vu comme son complice offrir l'immunité invoquerait les dispositions de la Charte garantissant l'égalité de chacun devant la loi[95].

95. Voir *Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos* c. *R.* ; *Ramos* c. *R.*, précité, note 34, ainsi que les observations faites à ce sujet dans le chapitre premier, *supra*.

B. Existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi

Des lois peuvent être injustes non seulement lorsqu'elles ne réussissent pas à maintenir un état d'équilibre dans la société, mais aussi lorsqu'elles ne réussissent pas à le rétablir une fois qu'il a été rompu, lorsqu'elles n'offrent aucun recours pour des préjudices qui, moralement, exigent réparation[96]. Comme le disait la Commission dans son rapport n° 32 :

> [L]'équité suppose l'existence de mécanismes permettant la réparation lorsque les droits individuels sont violés. Du reste, le droit à la réparation est une caractéristique de notre système juridique depuis des siècles et s'exprime par la maxime *Ubi jus, ibi remedium* (là où il y a un droit, il y a un recours). [. . .] [L]orsqu'aucun recours n'est prévu il n'existe en réalité aucun droit. L'une des fonctions essentielles de la procédure pénale consiste à fournir des moyens permettant de faire valoir ces droits[97].

À première vue, les garanties d'immunité contre les poursuites sont incompatibles avec le principe d'équité. Une personne, en commettant un délit, a porté atteinte à l'équilibre social, et pourtant on la laisse impunie au lieu de lui faire payer le prix de son geste. N'est-ce pas là abolir le recours qui permettrait à la victime d'obtenir réparation ?

En y réfléchissant bien, ce n'est pas tout à fait exact. En premier lieu, celui qui par son délit cause un préjudice à une personne en particulier sera probablement tenu de l'indemniser en vertu des règles de la responsabilité civile délictuelle ; l'immunité relative aux poursuites pénales ne prive en aucune façon la victime de ses recours au civil. En second lieu, l'engagement de poursuites pénales contre des délinquants est moins une fin en soi qu'un moyen d'atteindre un objectif d'ordre plus général — faire régner la justice dans la société. Or dans certains cas, comme nous l'avons vu, il peut s'avérer préférable, pour la réalisation de cet objectif — et pour mieux protéger le public contre des maux sociaux comme le terrorisme, l'espionnage et le trafic de stupéfiants —, d'accorder l'immunité à certains délinquants et d'en faire condamner certains autres, plutôt que de les poursuivre tous, mais en vain.

C. Droit de tout accusé à un procès équitable

L'équité exige en outre que non seulement les lois soient justes, mais que leur application le soit aussi. Elles doivent s'appliquer à tous de façon impartiale et objective. Par conséquent les deux parties à un litige, en droit pénal le poursuivant et le défendeur, ont

---

96. H.L.A. Hart, *op. cit.*, note 65, pp. 199-200.

97. *Op. cit.*, note 59, p. 26. Soulignons également que le principe de la protection exige que les poursuites pénales favorisent la protection de la société, le maintien de ses valeurs fondamentales et la protection des intérêts individuels de ses membres ; et que le principe de la participation exige que les règles de procédure permettent aux citoyens de prendre une part active aux décisions qui les concernent pour qu'ils ne se sentent pas exclus du processus. D'où l'importance des poursuites privées, des déclarations sur les préjudices subis par les victimes et de l'accès du public à la procédure pénale. *Id.*, p. 30.

droit à un procès impartial. D'où l'existence de règles de procédure (par exemple, *audi alteram partem*, « entends l'autre partie ») que l'on qualifie souvent de principes de justice naturelle parce qu'elles servent de garantie à cette impartialité et à cette objectivité[98].

L'audition des deux parties suppose que chacune ait la possibilité d'exposer intégralement sa cause. En ce qui concerne l'accusé, cela veut dire qu'il doit avoir l'occasion de répondre pleinement et adéquatement à l'inculpation dont il est l'objet. Pour cela, il doit être parfaitement informé des charges qui pèsent contre lui, des points forts et des lacunes de la preuve. Si un témoin à charge a obtenu une garantie d'immunité contre des poursuites, l'équité exige que l'accusé soit mis au courant de ce fait ; il pourra ainsi, le cas échéant, mettre en doute la crédibilité de la déposition en question.

Il n'y a pas là nécessairement d'obstacle aux garanties d'immunité, dont rien n'oblige à dissimuler l'existence à l'accusé. Il y aurait du reste lieu de réglementer cette pratique, comme nous le proposons dans ce document, pour parer à une telle dissimulation, pour s'assurer que le défendeur est bien informé et pour favoriser la transparence de la justice.

VI. Les ententes portant garantie d'immunité : une pratique justifiable

Notre conclusion générale est donc que, du point de vue de l'éthique, les ententes portant garantie d'immunité résistent à toutes les objections étudiées dans ce chapitre. Lorsqu'elles répondent véritablement à l'intérêt public, elles ne comportent ni commercialisation ni marchandage inadmissible de la justice. Octroyées en pleine lumière et conformément à des règles qui en favorisent la transparence, elles n'entraînent aucune dissimulation abusive du processus de la justice pénale. Par ailleurs, elles ne rendent pas nécessairement moins efficace la justice pénale, dans la mesure où elles visent à la réalisation de l'objectif ultime de celle-ci : faire régner la justice et la sécurité dans la société. Pourvu que les fins poursuivies soient légitimes et que les moyens utilisés y soient proportionnés, les garanties d'immunité n'impliquent pas forcément qu'on sacrifie les principes à l'opportunisme. Enfin, on ne saurait non plus les taxer d'injustes ou de contraires à l'équité, lorsqu'elles procèdent de l'établissement de distinctions d'ordre moral entre les personnes poursuivies et les personnes à qui on offre l'immunité.

98. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 65, pp. 194-195.

CHAPITRE TROIS

La situation actuelle

Avant de présenter les règles que la Commission propose pour la réglementation des ententes portant garantie d'immunité, il y a lieu de décrire dans ses grandes lignes la situation actuelle, et notamment l'état du droit en ce domaine[99]. Il est difficile d'évaluer la fréquence du recours à de telles ententes (en général, on ne leur fait pas une grande publicité[100]) et de déterminer avec certitude les règles de droit applicables au Canada (relativement peu de décisions publiées ont trait à des garanties d'immunité, si ce n'est d'une façon incidente[101]), mais il est au moins possible de tirer quelques grandes conclusions. Celles-ci ont trait, essentiellement, à six questions fondamentales : le pouvoir d'accorder l'immunité ; l'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité ; le contrôle judiciaire ; la divulgation ; les répercussions des garanties d'immunité sur la preuve ; le respect des ententes portant garantie d'immunité. D'autres questions, rarement abordées dans la jurisprudence canadienne (et traitées plus loin dans le présent document de travail), se rapportent notamment aux critères permettant de décider s'il y a lieu d'accorder l'immunité, ainsi qu'à la façon dont sont conclues ces ententes et à leur contenu.

I. Le pouvoir d'accorder l'immunité

En dépit du silence du *Code criminel* sur ce sujet[102], c'est un fait reconnu au Canada que le procureur général a le pouvoir d'accorder à sa discrétion l'immunité contre des

---

99. Nous n'avons pas nécessairement fait état de la totalité des causes traitant de cette question.

100. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 398. Certaines ententes conclues avec des délateurs (qui ne portent pas toutes sur des garanties d'immunité) ont évidemment fait quelque bruit ces derniers temps. En Ontario et au Québec, par exemple, les médias ont beaucoup parlé d'ententes conclues avec deux anciens membres de gangs de motards ainsi que de leurs dépositions. En Colombie-Britannique, le versement d'argent contre des renseignements sur l'emplacement du corps de victimes de meurtres a aussi fait les manchettes.

101. Voir Fred KAUFMAN, *The Admissibility of Confessions*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1979, p. 199, où la chose est soulignée, dans un contexte différent. Un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême du Canada font état de garanties d'immunité : voir, par exemple, *Amato* c. *La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, 420-421 ; *R.* c. *Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652. Dans *R.* c. *Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, 1300, le juge Cory (les juges en chef Dickson et Lamer, et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin souscrivant à son point de vue) déclare qu'un témoin « est venu au Canada témoigner en sa faveur [à savoir, en faveur de l'accusé] » et qu'on lui « a accordé [...] l'immunité contre des poursuites ».

102. Voir *supra*, note 14.

poursuites dans des cas particuliers. Dans une affaire ontarienne, *R.* c. *Betesh*[103], on avait fait valoir, notamment, qu'une promesse d'immunité faite par un représentant du procureur général du Canada n'était pas exécutoire [TRADUCTION] « parce qu'aucune disposition du *Code criminel* n'autorise l'octroi d'une immunité générale[104] ». Rejetant l'argument, le juge Graburn, de la Cour de comté, a déclaré :

> [TRADUCTION]
> [S]'il est vrai que le Code n'autorise pas l'octroi de l'immunité contre des poursuites, *il n'énumère pas non plus tous les pouvoirs traditionnels du premier conseiller juridique de la Couronne*. Par exemple, il n'autorise pas le retrait d'une accusation une fois que celle-ci est portée ; il n'autorise pas non plus la négociation du plaidoyer avec un accusé en vue d'amener ce dernier à déposer contre un coaccusé. Or, ce dernier pouvoir a été reconnu et adopté en 1969, par l'entremise de son représentant, par un ancien procureur général de cette province dans une affaire mettant en cause les dénommés Rush et Williams.
>
> En dépit donc de l'absence de toute disposition explicite du *Code criminel* permettant au procureur général du Canada d'accorder l'immunité, je suis persuadé qu'il possède ce pouvoir et qu'à de rares exceptions près, on peut compter qu'il l'exercera selon les traditions les plus élevées de l'administration de la justice[105].

Dans *R.* c. *McDonald*[106], une affaire non sans rapport avec la situation au Canada, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a déclaré que le pouvoir d'accorder l'immunité en s'engageant à arrêter d'éventuelles poursuites n'était aucunement restreint par le fait que le pouvoir du procureur général d'ordonner un tel arrêt était établi dans la loi[107]. On

---

103. Précitée, note 14.

104. *Id.*, 244 (j. Graburn).

105. *Id.*, 245.

106. [1980] 2 N.Z.L.R. 102.

107. Le juge Richmond, au nom de la Cour, a en partie résumé la question de la façon suivante (p. 104) :

> [TRADUCTION]
> M[e] Hart nous a cité divers textes qui montrent qu'en Angleterre le pouvoir du procureur général d'inscrire un *nolle prosequi* dans le cadre de procédures pénales est bien reconnu en common law et pourrait à juste titre être décrit comme une prérogative, en ce sens qu'il ne découle pas d'un texte législatif mais de l'autorité du Souverain. Il semble aussi que suivant la common law, ce pouvoir ne s'étendait pas aux procédures sommaires et ne pouvait être exercé qu'après le dépôt d'un acte d'accusation. En Nouvelle-Zélande, comme nous l'a fait remarquer M[e] Hart, le pouvoir du procureur général d'arrêter les procédures, qui correspond au *nolle prosequi*, lui vient au contraire d'un texte législatif. En ce qui a trait aux procédures devant la High Court, la situation est régie par l'article 378 du *Crimes Act* de 1961 ; en matière de procédures sommaires et de procédures préliminaires relatives à des actes criminels, des pouvoirs sont prévus aux articles 77A et 173 du *Summary Proceedings Act* de 1957. M[e] Hart a élaboré une argumentation fondée en particulier sur ce qu'ont dit les juges dans l'affaire *Attorney-General* c. *DeKeysers's Royal Hotel Ltd* [1920] A.C. 508, à savoir que les cas où la prérogative s'exerce en Angleterre sont intégralement visés en Nouvelle-Zélande, à l'heure actuelle, par les dispositions du *Crimes Act* que nous avons mentionnées et, en outre, qu'en Nouvelle-Zélande la loi confère certains pouvoirs en matière de procédures sommaires qui n'ont pas leur pendant en common law.

avait soutenu que, puisque [TRADUCTION] « le pouvoir conféré par le *Crimes Act* et le *Summary Proceedings Act* est le pouvoir d'arrêter des procédures déjà entamées[108] » et « ne vise pas spécifiquement le fait de s'engager à mettre fin aux procédures si certains faits se produisaient, ou de faire une promesse en ce sens[109] », « le solliciteur général n'était pas habilité à prendre l'engagement qu'il a pris dans la présente affaire[110] » et « cet engagement [. . .] était invalide[111]. » Cet argument a cependant été rejeté. Soulignant que [TRADUCTION] « [c]e type d'octroi d'immunité est accepté depuis longtemps en Angleterre et a été adopté à l'occasion en Nouvelle-Zélande », le juge a déclaré : [TRADUCTION] « Nous n'avons aucun motif de penser qu'il serait moins légitime en Nouvelle-Zélande simplement parce qu'il se rattache à l'exercice de pouvoirs conférés au procureur général par une loi plutôt qu'à l'exercice de prérogatives, comme en Angleterre. À notre avis, il importe peu que cet engagement, en droit, lie rigoureusement ou non la Couronne[112]. » La Cour a ajouté qu'il était [TRADUCTION] « tout à fait impensable qu'un tel engagement ne soit pas respecté[113] ». Statuant sur un pourvoi devant le Conseil privé[114], lord Diplock a déclaré, au sujet de l'argument invoqué contre la validité de l'engagement du solliciteur général : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries sont parfaitement d'accord avec la façon dont la Cour d'appel a rejeté ce motif de pourvoi[115]. »

Le pouvoir d'accorder l'immunité contre des poursuites comprend le pouvoir d'empêcher quiconque de poursuivre la personne jouissant de cette immunité. Cette question a été tranchée dans une cause anglaise, *Turner* c. *Director of Public Prosecutions*[116]. Un accusé avait, après sa condamnation, voulu poursuivre au criminel un témoin à charge, bien que le Director of Public Prosecutions se fût engagé officiellement à ce que celui-ci ne fasse l'objet d'aucune poursuite pour les infractions dont il avait fait état lors de sa déposition[117]. Selon l'accusé, le poursuivant avait déclaré au juge et au jury, au cours

---

108. *R.* c. *McDonald*, précité, note 106, 104-105.

109. *Id.*, 105.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. *McDonald* c. *The Queen* (1983), 77 Cr. App. R. 196. En rendant la décision de la commission, lord Diplock a déclaré (p. 200) :

> [TRADUCTION]
> Le procureur de McDonald [. . .] a soutenu que le solliciteur général n'était pas habilité à s'engager à ordonner l'arrêt d'éventuelles procédures contre l'un ou l'autre [des témoins bénéficiant de l'immunité] qui n'auraient pas déjà atteint l'étape de son renvoi devant la High Court pour instruction ou l'étape de la présentation d'un acte d'accusation contre lui. Le pouvoir d'arrêt des procédures conféré au procureur général et, *pro hac vice*, au solliciteur général, était uniquement fondé sur une disposition législative, a-t-on fait valoir, soit l'article 378 du *Crimes Act* de 1961. Or, en vertu de cet article, il ne peut être exercé que lorsque cette étape a été atteinte dans les procédures engagées contre un accusé ; et aucun conseiller juridique de la Couronne ne pouvait s'engager ni engager son successeur quant à la façon dont ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi serait exercé en une autre occasion.

115. *Ibid.*

116. (1978) 68 Cr. App. R. 70.

117. *Id.*, 72 (j. Mars-Jones).

du procès, que des poursuites pouvaient tout de même être intentées par quiconque à titre privé. Le juge Mars-Jones de la division du Banc de la Reine a déclaré : [TRADUCTION] « Peu importe ce que le procureur a ou n'a pas dit au procès, cela ne pouvait d'aucune manière restreindre le pouvoir discrétionnaire conféré au Director of Public Prosecutions d'intervenir dans d'éventuelles poursuites privées et de s'abstenir d'y présenter quelque preuve[118] ». En confirmant, à cette occasion, le pouvoir conféré par la loi au Director of Public Prosecutions de prendre en charge des poursuites intentées par un simple citoyen, avec l'intention expresse de n'y présenter aucune preuve, Sa Seigneurie a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Je n'ai pas besoin de décrire en détail les conséquences sur les enquêtes et les poursuites criminelles futures si les personnes témoignant pour la poursuite dans de telles circonstances ne pouvaient pas compter sur l'engagement pris par le Director of Public Prosecutions et sur l'intervention de ce dernier en cas de telles poursuites privées[119].

Il est possible de faire une distinction entre le fait d'accorder dans des cas particuliers l'immunité contre des poursuites, et les tentatives faites par des représentants de la Couronne pour suspendre certaines lois ou s'abstenir de les appliquer à certaines personnes. Il ressort de l'arrêt *R.* c. *Catagas*[120] que de telles tentatives sont aujourd'hui exclues au Canada[121]. Dans cette affaire, en effet, la Cour d'appel du Manitoba a évoqué le [TRADUCTION] « chapitre sombre de l'histoire judiciaire et constitutionnelle de l'Angleterre[122] » au cours duquel « la Couronne, invoquant la prérogative royale, a suspendu certaines lois et a dispensé ses sujets d'obéir à certaines autres[123]. » La Cour a donné les explications suivantes :

> [TRADUCTION]
> En vertu de sa prérogative, la Couronne a suspendu l'application d'une loi dûment adoptée par le Parlement, une telle suspension pouvant être d'une durée indéfinie [...]
>
> Invoquant son pouvoir de dispense, la Couronne a prétendu déclarer qu'une loi édictée par le Parlement ne serait pas applicable à certains individus ou groupes désignés. En vertu d'une dispense en leur faveur, la loi ne s'appliquerait pas à eux mais continuerait de s'appliquer à tous les autres[124].

---

118. *Id.*, 76.

119. *Id.*, 73. Sa Seigneurie a poursuivi (pp. 77-78) :

> [TRADUCTION]
> L'existence de ce pouvoir du Director of Public Prosecutions ne fait aucun doute, pas plus que son caractère tout à fait discrétionnaire. [...] Si [le témoin] était traduit devant les juges de Tottenham, la date et l'heure de sa comparution seraient connus ; fût-il par la suite renvoyé sous garde ou condamné à l'emprisonnement, il serait exposé à un danger auquel il est en droit de ne pas avoir à faire face. Le Director of Public Prosecutions devait tenir compte, non seulement de la situation [du témoin] mais aussi des conséquences sur les enquêtes et les procédures criminelles en cours et futures, si l'on permettait le déroulement de ces poursuites privées.

120. (1977) 38 C.C.C. (2e) 296.

121. Voir COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, note 2, pp. 410-413.

122. *R.* c. *Catagas*, précité, note 120, 297 (j. en chef Freedman).

123. *Id.*, 297-298.

124. *Id.*, 298.

En l'occurrence, des fonctionnaires avaient voulu, dans le cadre d'une politique, soustraire les Indiens à l'obligation de respecter la *Loi relative à la Convention sur les oiseaux migrateurs*[125]. En autorisant la Couronne à se pourvoir en appel de l'acquittement d'un accusé dont la défense reposait sur la politique de renonciation aux poursuites que la Couronne avait annoncée en faveur des Indiens[126], la Cour a déclaré : [TRADUCTION] « [N]ous sommes ici en présence d'un cas patent d'exercice, par l'exécutif, d'un prétendu pouvoir de dispense en faveur d'un groupe particulier. Or un tel pouvoir n'existe pas[127] » ; tout en ajoutant, cependant :

> [TRADUCTION]
> [C]e qui est dit ici n'a dans l'esprit de la Cour aucune incidence sur le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Comme chacun sait, des poursuites criminelles ne sont pas intentées pour chaque infraction à la loi. Les autorités ont en effet le pouvoir discrétionnaire de décider, dans leur sagesse, de ne pas mettre le processus pénal en branle. Le policier qui a arrêté un automobiliste parce qu'il conduisait à une vitesse légèrement supérieure au maximum permis peut décider de lui donner un avertissement au lieu d'une contravention. Et lorsque, d'après les circonstances d'une affaire, le procureur général conclut que l'infraction commise n'est, sur le plan de la culpabilité de l'auteur, pas aussi grave qu'elle pourrait le sembler à la stricte lumière des faits, il peut en tenir compte dans l'acte d'accusation. [. . .] Mais dans tous ces cas, le pouvoir discrétionnaire est exercé relativement à une affaire donnée, les faits de celle-ci le justifiant. C'est une tout autre chose que d'établir une immunité de poursuites générale en faveur de tel ou tel groupe de citoyens, de telle ou telle origine ethnique[128].

Il n'est pas rare que des policiers soient à l'origine d'une garantie d'immunité. De temps à autre, les arrêts publiés font état de tels arrangements. Dans *R.* c. *Kalashnikoff*[129], par exemple, un agent de police qui avait dressé une contravention au code de la route a témoigné avoir déclaré à l'automobiliste à qui elle était destinée (l'accusé) [TRADUCTION] « qu'il ne donnerait pas suite à cette contravention si [l'accusé] pouvait obtenir certains

---

125. *Id.*, 299.

126. *Id.*, 302.

127. *Id.*, 301. *Cf. R.* c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, mettant cependant en cause un traité antérieur aux dispositions en vertu desquelles l'accusé avait été inculpé. Le juge Lamer, alors juge puîné de la Cour suprême du Canada, fait remarquer, notamment, à la p. 1065, que « [l]'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise justement à protéger les Indiens de la législation provinciale qui chercherait à abroger des droits protégés par un traité. » Rappelant l'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec, il signale que « l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* immunisent (sic) les intimés de toute poursuite pour les activités qu'on leur reproche puisque celles-ci faisaient l'objet d'un traité dont les droits ne peuvent être limités par un texte législatif provincial » (p. 1033). On trouvera des observations sur l'immunité contre les poursuites dans des contextes semblables dans *R.* c. *Paul* (1988), 90 N.B.R. (2e) 332 (B.R.) ; *R.* c. *Augustine* ; *R.* c. *Barlow* (1986), 74 N.B.R. (2e) 156 (C.A.) ; *Simon* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 ; *Kruger* c. *La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 ; *Myran* c. *La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 137. Sur la question des traités et de l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6 (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5), voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 556-562.

128. *R.* c. *Catagas*, précité, note 120, 301.

129. (1981) 21 C.R. (3e) 296 (C.A. C.-B.).

renseignements précieux, sur le vol à main armée de Polson Place en particulier[130] ». Dans *R.* c. *Sayer*[131], un témoin à charge avait fourni des renseignements à la police, [TRADUCTION] « ayant reçu de celle-ci l'assurance qu'il ne serait pas poursuivi pour cette infraction ni pour les autres et qu'il jouirait de la protection de la police, à la condition, cependant, qu'il dise tout et témoigne quant aux faits[132]. » La Cour d'appel de la Saskatchewan, par ailleurs, dans une affaire portant notamment sur le consentement d'une personne à l'interception et à l'admission en preuve de communications privées, *R.* c. *Voutsis*[133], a noté que le juge de première instance était [TRADUCTION] « convaincu que si elle avait consenti, c'était en contrepartie de la promesse que lui avait faite la police d'abandonner un certain nombre d'accusations qui pesaient contre elle[134] ».

Les arrêts publiés mentionnent aussi, toutefois, que les policiers et les autres agents de la paix ne sont pas habilités à conclure, de leur propre chef, des ententes liant le ministère public. Dans *R.* c. *Demers*[135], par exemple, la Cour d'appel du Québec a laissé entendre qu'il faudrait solliciter l'autorisation de la Couronne pour offrir une garantie d'immunité, la chose ne relevant pas de la compétence de la police. Un procureur de la Couronne avait aussi déclaré, dans sa déposition : « Je présume [que] les policiers ne doivent pas faire d'entente sans nous en parler[136] ». Dans *R.* c. *Metro News Ltd.*[137], l'accusé, qui avait été déclaré coupable d'avoir « distribué des choses obscènes[138] », a fait valoir en appel que les poursuites constituaient un abus de procédure. Il s'appuyait sur le fait que

130. *Id.*, 299. À un autre moment de sa déposition, l'agent de police aurait dit avoir déclaré à l'accusé [TRADUCTION] « qu'on pourrait oublier la contravention s'il obtenait des renseignements sur le vol à main armée de Polson Place » (p. 299), « que si les renseignements fournis étaient intéressants, ou s'avéraient exacts, la contravention ne serait pas transmise au directeur des véhicules automobiles » (p. 299) et « que d'autres renseignements devaient être obtenus pour que la contravention soit détruite » (p. 299).

131. (1989) 75 Sask. R. 71 (C.A.).

132. *Id.*, 71-72 (j. Cameron). Ainsi que la Cour l'a ajouté, cependant (p. 72), le témoin avait par la suite rencontré les forces de l'ordre et le poursuivant et [TRADUCTION] « la veille de l'enquête préliminaire, et à la suite de cette rencontre [...] il avait libéré les forces de l'ordre de leur engagement de ne pas le poursuivre ». Selon la preuve, le témoin, « ayant parlé avec les poursuivants, avait décidé de libérer les forces de l'ordre de leur engagement, de faire des aveux complets afin d'oublier son passé et de refaire sa vie » (p. 72).

133. (1989) 47 C.C.C. (3e) 451.

134. *Id.*, 455 (j. Cameron). Une situation légèrement différente s'est présentée dans l'affaire *R.* c. *Mancuso* ; *R.* c. *Lee* (1989), 51 C.C.C. (3e) 380, où la Cour d'appel du Québec (j. Richard, p. 384) a déclaré qu'un témoin avait « accepté de collaborer avec les forces de l'ordre, moyennant intervention auprès des autorités pour que soient suspendues les procédures engagées contre lui ». Mentionnons aussi l'affaire *R.* c. *Wile* (1990), 58 C.C.C. (3e) 85 (C.A. Ont.) où, selon la Cour (p. 99), [TRADUCTION] « une entente a été conclue [...] en vertu de laquelle [une personne] devait fournir [à un agent de police] des renseignements utiles [...] en échange, peut-être, de l'immunité contre des poursuites ».

135. (1989) 21 Q.A.C. 47, 50 (j. Kaufman).

136. *Id.*, 52.

137. (1986) 29 C.C.C. (3e) 35.

138. *Id.*, 39.

les autorités douanières avaient approuvé la publication en question, ainsi que sur une entente conclue avec les forces de l'ordre lui permettant de retirer certaines publications et d'échapper à des poursuites pénales[139]. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la thèse de l'abus de procédure, notamment parce que l'appelant savait que l'entente en question ne pouvait le mettre à l'abri de poursuites sous le régime du *Code criminel*[140].

II. L'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité

Dans son document de travail intitulé *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*[141], la Commission avait souligné que la négociation du plaidoyer avait acquis une mauvaise réputation auprès du public canadien. Elle faisait état d'un sondage réalisé à l'échelle nationale pour elle par la firme Gallup Canada Inc., au cours duquel « plus de soixante-huit pour cent des personnes interrogées (et plus de soixante-dix-neuf pour cent des répondants ayant exprimé une opinion) ont déclaré désapprouver fortement, d'une manière générale, la pratique de la "négociation du plaidoyer", telle que nous l'avions définie[142] ». Or, il est possible, bien que nous ne disposions d'aucune donnée concrète sur la question, que les garanties d'immunité soient l'objet d'une défaveur semblable.

Quoi qu'il en soit, il reste que la pratique a aussi ses défenseurs. Dans son rapport de 1976, par exemple, la Commission (québécoise) d'enquête sur le crime organisé[143] constatait avec quelque regret que, au Canada, les garanties d'immunité sont jugées inadmissibles, et défendait ceux qui s'abstiennent d'entamer des poursuites contre des personnes dont l'aide est essentielle pour traduire en justice les véritables responsables d'organisations criminelles. Elle recommandait que le procureur général offre ouvertement l'immunité en échange de témoignages véridiques, surtout lorsqu'il s'agit de faire la lutte aux organisations criminelles[144].

---

139. Selon la Cour (j. Martin, p. 42),

> [TRADUCTION]
> [u]n membre du " Projet P" [" une unité composée à la fois d'agents de la Police provinciale de l'Ontario et de la Police de la communauté urbaine de Toronto "] a déposé qu'il avait conclu une entente avec *Periodical Distributors of Canada* selon laquelle si le "Projet P" participait à une enquête sur l'un des périodiques approuvés par le comité, les forces de l'ordre avertiraient la *Periodical Distributors Association* afin qu'elle puisse retirer le périodique de la circulation.

140. La Cour ne croyait pas que (j. Martin, p. 75) :

> [TRADUCTION]
> « l'entente générale en vertu de laquelle l'appelant devait aviser les forces de l'ordre de l'approbation du conseil consultatif, en échange de quoi celles-ci devaient l'avertir qu'elles n'étaient pas d'accord avec l'avis du comité au sujet d'une publication donnée, de façon que l'appelant puisse retirer la publication de la circulation, ait fait subir à l'appelant un tort qui rendait inéquitables des poursuites contre lui au sujet de la publication faisant l'objet de l'accusation.

141. *Op. cit.*, note 1.

142. *Id.*, p. 7.

143. COMMISSION DE POLICE DU QUÉBEC, *La lutte au crime organisé au Québec : rapport d'enquête sur le crime organisé et recommandations*, Montréal, la Commission, 1976, pp. 222-223, cité par E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 399.

144. COMMISSION DE POLICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 143, p. 223.

Indépendamment de leur opinion sur le mérite de certaines ententes portant garantie d'immunité ou sur la qualité des éléments de preuve obtenus grâce à elles, les tribunaux semblent en général avoir refusé de condamner la pratique en soi. Dans l'arrêt *R.* c. *Turner*[145], par exemple (une cause d'Angleterre), le lord juge Lawton a reconnu que le public a intérêt à ce que les criminels soient traduits en justice, et que [TRADUCTION] « plus le crime est grave, plus il est nécessaire d'en punir les auteurs[146]. » Tout en estimant que [TRADUCTION] « [l]e fait de recourir, pour atteindre ce but, au témoignage d'un complice obtenu en échange d'une promesse d'immunité est jugé discutable depuis au moins trois cents ans par les juges, les avocats et le commun des mortels[147] », il a reconnu que « les garanties d'immunité sont parfois nécessaires dans l'intérêt public[148] ». Comme l'indique la décision *Betesh*[149], commentée plus haut, les tribunaux canadiens se sont à l'occasion portés à la défense de cette pratique, considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Dans cette affaire tranchée par une cour de comté, le juge Graburn s'était dit d'avis, rappelons-le, que le pouvoir de garantir l'immunité est compatible avec [TRADUCTION] « les traditions les plus élevées de l'administration de la justice[150] ». D'autres juges ont également exprimé leur approbation, quoique dans des termes peut-être moins éclatants. Ainsi, le juge Kaufman, de la Cour d'appel du Québec, a dans l'affaire *Demers* exprimé l'avis que [TRADUCTION] « une offre d'immunité, dans les cas où elle est opportune, n'est pas nécessairement une mauvaise chose en soi[151] ».

Les tribunaux ne se sont pas davantage montrés enclins à condamner les arrangements financiers qui accompagnent fréquemment les garanties d'immunité. Dans *Palmer* c. *La Reine*[152], par exemple, un témoin à charge dont la déposition était déterminante avait déclaré à l'enquête préliminaire et au procès de l'accusé, « qu'en retour de son consentement à témoigner contre Douglas Palmer et de son témoignage proprement dit, on lui avait promis l'immunité pour certaines accusations qui pesaient contre lui ainsi que la protection de sa famille et la sienne[153]. » Mais à la suite de la condamnation de l'accusé, le témoin était revenu sur sa déposition : il affirmait que les agents de police l'avaient influencé, lui avaient remis un forte somme d'argent et qu'il avait été question de lui en donner encore. La Cour suprême du Canada a reconnu « qu'à l'occasion, les intérêts de la justice nécessitent la protection des témoins du ministère public dans les affaires criminelles. Leur vie, celle de leur famille et la sécurité de leurs biens peuvent être en danger.

---

145. (1975) 61 Cr. App. R. 67 (C.A.).

146. *Id.*, 79.

147. *Ibid.*

148. *Id.*, 80.

149. Précitée, note 14.

150. *Id.*, 245.

151. Précitée, note 135, 51.

152. [1980] 1 R.C.S. 759.

153. *Id.*, 765 (j. McIntyre).

En pareils cas, l'utilisation de fonds publics pour assurer la protection nécessaire ne sera pas inappropriée[154]. » En revanche, la Cour n'a pas nié les dangers que présentent de telles ententes :

> D'une part, on ne saurait tolérer l'intervention auprès des témoins parce que l'intégrité de tout le processus judiciaire dépend de la capacité des parties aux instances judiciaires de citer des personnes qui peuvent témoigner sans craintes ni pressions extérieures et dans l'assurance que leur famille et elles-mêmes ne subiront pas de représailles. D'autre part, les cours doivent être assez perspicaces pour s'assurer qu'en accordant une protection aux témoins, on ne fasse rien qui puisse influencer les témoignages à charge, nuire de quelque façon au procès ou entraîner un déni de justice[155].

Dans la mesure où « l'on a seulement accordé une protection raisonnable et nécessaire et [. . .] aucun préjudice ou déni de justice n'en a résulté[156] », la Cour suprême s'est dite d'avis qu'il ne faut pas « tirer de conclusions défavorables contre le ministère public du seul fait de cette utilisation de fonds publics[157]. »

III. Le contrôle judiciaire

Contrairement aux ententes sur le plaidoyer, les ententes portant garantie d'immunité ne se prêtent pas facilement au contrôle judiciaire. Dans le cas des ententes sur le plaidoyer, les parties demandent souvent au tribunal, dans les faits, « d'accepter » l'entente à laquelle elles sont arrivées, soit en condamnant l'accusé à une peine qui concorde avec les termes de l'entente, soit (en vertu du paragraphe 606(4) du *Code criminel*) en acceptant que l'accusé s'avoue coupable « d'une [. . .] infraction se rapportant à la même affaire » et en le déclarant « non coupable de l'infraction dont il est inculpé et [. . .] coupable de l'infraction à l'égard de laquelle son plaidoyer de culpabilité a été accepté ». Dans le cas des garanties d'immunité, cependant, l'intéressé peut, en fait, n'avoir jamais été inculpé de l'infraction concernée et ne jamais comparaître devant le tribunal (sauf comme témoin à charge, éventuellement[158]).

---

154. *Id.*, 779 (j. McIntyre).

155. *Ibid.* La Cour a poursuivi (pp. 779-780) :

> Il faut reconnaître que, dans des affaires de cette nature, il arrivera que des accusations de corruption de témoins soient portées. C'est pourquoi les cours doivent faire preuve de vigilance dans la détection et la punition sévère de toute tentative d'influencer ou de corrompre des témoins. Les cours doivent s'acquitter de ce devoir avec le plus grand soin pour s'assurer que tout en ne permettant aucune manœuvre incorrecte de la part du ministère public, la protection raisonnable et nécessaire des témoins ne soit pas une pratique interdite. Aux États-Unis, des textes de loi prévoient expressément ce genre de dépenses sous le contrôle du procureur général.

156. *Id.*, 779 (j. McIntyre).

157. *Ibid.*

158. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 311-312. On trouvera un exemple assez récent dans *R.* c. *Rowbotham* (1988), 25 O.A.C. 321. La Cour a mentionné (p. 359) : [TRADUCTION] « un complice non inculpé » qui « [a]près avoir conclu une entente portant garantie d'immunité contre des poursuites [. . .] a témoigné pour le ministère public et avant sa déposition a remis à la police une déclaration de soixante-cinq pages faite sous serment devant un juge de paix ».

Lorsque l'entente porte sur l'arrêt des procédures prévu à l'article 579 du *Code criminel*, la non-ingérence judiciaire est la règle générale. Ainsi que le déclarait le juge Craig de la Haute Cour de justice de l'Ontario dans l'affaire *Campbell* c. *Attorney-General of Ontario*[159] (où il n'était pas question des garanties d'immunité), [TRADUCTION] « [l]a décision ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire mais le procureur général doit en rendre compte à l'assemblée législative ou au Parlement[160] ». Le juge a bien mentionné [TRADUCTION] « la possibilité d'une exception lorsque l'on peut conclure à l'"inopportunité flagrante[161]" de l'arrêt des procédures ordonné par le procureur général[162] », mais il a ajouté que dans l'instance [TRADUCTION] « rien ne laisse supposer que le procureur général ne veille pas à l'observation de la loi, ni que ses motifs ou la fin qu'il poursuit sont condamnables[163] ».

Au Canada, le juge qui tenterait d'influer sur les circonstances dans lesquelles une garantie d'immunité est octroyée ou sur le déroulement des négociations s'attirerait sûrement des critiques. Dans la décision anglaise *R.* c. *Turner*[164], le lord juge Lawton avait dit trouver [TRADUCTION] « choquante[165] » la promesse d'immunité faite par le Director

---

159. (1987) 31 C.C.C. (3e) 289.

160. *Id.*, 299 ; on cite l'arrêt *Dowson* c. *La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 144 ainsi que Eugene G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1983, p. 295 ; Connie SUN, « The Discretionary Power to Stay Criminal Proceedings » (1973-1974), 1 *Dalhousie L. J.* 482 ; *R.* c. *Dube* (1986), 17 W.C.B. 457 (C. distr. Ont.).

161. *Campbell* c. *Attorney-General of Ontario*, précité, note 159, 301. Le juge faisait ici allusion aux arrêts *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3e) 532 (C.A. Man.) (pourvoi à la C.S.C. refusé [1983] 2 R.C.S. v) et *R.* c. *Moore* (1986), 26 C.C.C. (3e) 474 (C.A. Man.). Dans la première affaire, la Cour avait déclaré, dans un autre contexte (j. en chef Monnin, p. 539) :

> [TRADUCTION]
> Il ne doit y avoir aucune confusion du judiciaire et de l'exécutif. Ce sont là deux fonctions indépendantes et distinctes. Les responsables des poursuites déposent une dénonciation ou dans certains cas un acte d'accusation. Les tribunaux entendent les causes dont ils sont saisis et statuent sur le fond ou sur le bien-fondé de procédures préliminaires. Si un juge prétendait contrôler les actes ou la conduite du procureur général — hors le cas d'une inopportunité flagrante — il risquerait de s'engager sur un terrain qui n'est pas le sien et de s'immiscer dans les fonctions administratives et accusatoires du procureur général ou de ses représentants. Or, c'est une chose qu'un juge doit éviter de faire.

Dans la seconde affaire, où le contexte était également différent, la Cour avait déclaré (j. Huband, p. 476) :

> [TRADUCTION]
> Si les tribunaux ont le pouvoir de faire enquête sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire conféré au procureur général, je ne vois pas au nom de quel principe l'exercice de tous ses autres pouvoirs discrétionnaires ne serait pas également visé par ce droit de regard. Il faudrait tenir des audiences et permettre aux parties de donner leur point de vue, avant de décider quelles accusations il y a lieu de porter, et contre qui. Le système de droit pénal tomberait dans la confusion.

162. *Campbell* c. *Attorney-General of Ontario*, précité, note 159, 301.

163. *Ibid.*

164. Précitée, note 145.

165. *Id.*, 80.

of Public Prosecutions à un individu comme le dénonciateur dans cette affaire et avait déclaré : [TRADUCTION] « [r]ien de tel ne doit plus jamais se reproduire[166] ». Le juge avait poursuivi en déclarant que le Director of Public Prosecutions ne devait faire des promesses d'immunité qu'avec [TRADUCTION] « la plus grande retenue[167] » et que [TRADUCTION] « dans les cas de crimes graves, il serait sage de consulter les conseillers juridiques de la Couronne [*law officers*] avant de faire quelque promesse que ce soit[168] ». Or quand la Chambre des lords a refusé d'autoriser le pourvoi, lord Dilhorne a explicitement déclaré que les tribunaux devaient s'abstenir de donner des directives en vue de réglementer la pratique en cause pour l'avenir.

IV. La divulgation

Comme l'a souligné un juriste canadien, il est parfois difficile de vérifier l'existence et la teneur des ententes portant garantie d'immunité[169]. Lorsque l'entente prévoit le témoignage du bénéficiaire de l'immunité[170], faut-il en informer l'accusé ? Bien sûr, on le fait souvent. Dans *Turner* c. *Director of Public Prosecutions*[171], par exemple, [TRADUCTION] « le Director of Public Prosecutions a décidé qu'il était dans l'intérêt public de citer comme témoin à charge [un individu soupçonné par la police et devenu délateur] plutôt que de le poursuivre pour les infractions dont il avait fait état dans sa déposition[172] » et par la suite, il lui a donné officiellement l'assurance qu'il ne serait pas poursuivi pour les infractions en question[173]. Or, comme l'indique le juge Mars-Jones, [TRADUCTION] « les conseillers juridiques de Turner, le juge de première instance et le jury ont été mis au courant de la nature de cet engagement[174] ».

Le fait que l'accusé ne soit pas informé des garanties d'immunité octroyées à des tiers peut cependant l'empêcher de présenter une « pleine réponse et défense » (droit établi aux paragraphes 650(3) et 802(1) du *Code criminel*). Il faut également tenir compte de certaines

---

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

169. Peter K. MCWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3e éd., Toronto, Canada Law Book, 1990, p. 26-24.

170. Dans *R.* c. *Turner*, précité, note 145, la garantie d'immunité donnée par l'adjoint du Director of Public Prosecutions faisait l'objet de la condition suivante : si les renseignements fournis par l'indicateur n'étaient pas suffisamment utiles pour servir d'éléments de preuve dans des poursuites, l'entente demeurerait secrète, ni le Directeur ni la police ne la mentionneraient dans aucune poursuite contre le délateur et il ne serait fait état d'aucune discussion relative à la possibilité que le délateur devienne témoin à charge. Le juge Lawton a critiqué cette condition, déclarant qu'elle (p. 80) [TRADUCTION] « aurait pu mettre sérieusement dans l'embarras tant les professionnels libéraux du personnel du directeur que les policiers si l'on avait décidé de continuer les poursuites contre [l'indicateur]. »

171. Précité, note 116.

172. *Id.*, 72 (j. Mars-Jones).

173. *Ibid.*

174. *Ibid.*

dispositions de la Charte[175] (article 7 et alinéa 11*d*). Dans l'arrêt *X.* c. *The United Kingdom*[176], l'un des accusés de l'affaire *R.* c. *Turner* avait présenté un recours à la Commission européenne des droits de l'homme, en prétendant que l'utilisation par le ministère public du témoignage d'un complice jouissant de l'immunité avait porté atteinte à ses droits établis au paragraphe 6(1) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[177]. (De façon semblable à l'alinéa 11*d*) de la Charte, cette disposition garantit à tout accusé que sa cause sera entendue « équitablement[178] ».) Tout en reconnaissant que l'utilisation d'une telle preuve pouvait porter atteinte au paragraphe 6(1), la Commission européenne a attaché la plus grande importance au fait que l'entente avait été divulguée à l'avocat de la défense ainsi qu'au jury, pour finalement conclure que les droits fondamentaux de l'accusé n'avaient pas été violés.

Il serait manifestement inacceptable que l'accusé ou le tribunal soient induits en erreur quant à l'existence d'une garantie d'immunité. Dans l'arrêt *R.* c. *Dufresne*[179], la Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi d'un accusé qui avait sans succès interjeté appel de sa condamnation, en faisant état « des allégations graves et des éléments de preuve au soutien de celles-ci qui, sans être concluantes, jettent quand même un doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministère public et de la police dans ce dossier[180]. » La Cour poursuit son explication en ces termes : « Il s'agit, entre autres allégations, de celle portant qu'un ou plusieurs officiers de police ou du ministère public ou les deux n'auraient pas révélé à la cour le fait qu'un témoin de la Couronne s'était parjuré et aurait induit la cour en erreur en niant l'existence des promesses d'un pardon qu'ils lui avaient bel et bien faites[181] ».

175. Voir l'article 7 de la Charte, *supra*, note 47. L'alinéa 11d) dispose : « Tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

176. Requête n° 7306/75 (1976), 7 Comm. Eur. D.H. D.R. 115.

177. 4 novembre 1950, Série des traités européens n° 5.

178. *Ibid.*

179. [1988] 1 R.C.S. 1095.

180. *Id.*, 1095.

181. *Ibid. Cf. R.* c. *Roy* (1989), 26 Q.A.C. 63.

V. Les répercussions sur la preuve

Les garanties d'immunité données en contrepartie d'un témoignage peuvent soulever diverses questions au chapitre de la preuve[182], selon la façon dont elles sont formulées du point de vue chronologique. Lorsque la promesse de ne pas intenter de poursuites est subordonnée à un témoignage contre l'accusé, par exemple, l'entente tend à compromettre la crédibilité du témoin et la force probante de son témoignage[183]. L'affaire *États-Unis d'Amérique* c. *Shephard*[184] est intéressante à cet égard. Une demande de mandat présentée sous le régime de la *Loi sur l'extradition*[185] reposait sur l'affidavit d'un individu à qui l'on avait promis l'immunité (assurance d'un rejet des accusations qui pesaient contre lui aux États-Unis). Ayant déclaré que selon le critère établi dans la loi, « il faut déterminer si la preuve justifierait l'incarcération préventive[186] », et que « c'est le même critère que celui que l'on applique au procès, lorsque, à la fin de l'exposé du ministère public, on fait une requête visant à obtenir un verdict imposé[187] », le juge d'extradition avait rejeté la requête, pour le motif que le témoignage de la personne bénéficiant de l'immunité

---

182. Voir, d'une manière générale, *R.* c. *McNamara* (*n° 1*) (1981), 56 C.C.C. (2e) 193, 280-281 (C.A. Ont.) (pourvoi à C.S.C. refusé, pp. 193 (n.), 576) ; *R.* c. *Roach* (1984), 12 W.C.B. 473 (C.A. C.-B.). Même en l'absence d'une entente, l'espoir que nourrit un témoin d'obtenir l'immunité peut influer sur la façon dont son témoignage est perçu. Voir *R.* c. *Symonds* (1983), 1 O.A.C. 103, où la Cour (j. Martin, p. 106) a noté que [TRADUCTION] « l'agent enquêteur et [un témoin à charge] ont été contre-interrogés sur la question de savoir si [le témoin] avait obtenu une promesse d'immunité contre des poursuites en échange de sa déposition » et que « tous deux ont nié que l'immunité ait été promise [au témoin] en échange de sa déposition ». Le juge Martin a alors ajouté (p. 106) : [TRADUCTION] « Il est malheureux que le juge de première instance ait déclaré que pour conclure que [le témoin] avait compromis l'accusé afin d'obtenir l'immunité contre des poursuites, il leur faudrait conclure qu'il y avait eu complot. Le jury pourrait arriver à la conclusion que [le témoin] donnait son témoignage dans l'espoir d'obtenir l'immunité contre des poursuites même s'il n'y avait pas eu de promesse explicite d'immunité ».

183. Voir *R.* c. *Ertel*, précité, note 6. Dans cette affaire, le juge Lacourcière de la Cour d'appel de l'Ontario a fait observer ce qui suit (p. 404) : [TRADUCTION] « Les principaux témoins du ministère public étaient deux coaccusés de l'appelant [. . .] qui [. . .] avaient conclu "un marché" avec le ministère public. » La Cour avait auparavant fourni ces explications (p. 403) : [TRADUCTION] « Deux de ceux qui avaient été renvoyés à leur procès [. . .] ont conclu une entente avec le ministère public, en vertu de laquelle ils plaideraient coupable et témoigneraient pour le ministère public. Celui-ci, en retour, abandonnerait l'accusation d'importation qui pesait contre eux (premier chef) et recommanderait qu'on leur inflige une peine de six mois d'emprisonnement pour l'accusation de trafic (second chef). » Avant de témoigner contre l'accusé, les témoins avaient [TRADUCTION] « plaidé coupable sur le second chef de l'acte d'accusation » (p. 403) et « les procédures sur le premier chef retenu contre eux avaient été arrêtées » (p. 403). Aucun des témoins n'avait été condamné à une peine, cependant, et l'un d'eux [TRADUCTION] « a admis qu'il croyait que si son témoignage n'incriminait pas l'appelant, le ministère public ne recommanderait pas une peine de six mois pour sa participation au complot et qu'il pourrait être passible de la peine minimale de sept ans sur l'accusation d'importation » (p. 407). Vu les circonstances, la Cour d'appel a exprimé l'avis que le juge de première instance (qui avait retenu la déposition des deux témoins) avait [TRADUCTION] « à juste titre désapprouvé la "procédure choquante" consistant à faire déposer [ces témoins] avant qu'il ait été statué sur les accusations portées contre eux » (p. 410). Voir aussi *R.* c. *Demeter* (1975), 10 O.R. (2e) 321, 335 (C.A.) (confirmé par [1978] 2 R.C.S. 538). *Cf. R.* c. *Desgroseilliers*, [1986] O.J. n° 112 (C.A.). Voir *R.* c. *Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3e) 484 (C.A. C.-B.) où la question de la chronologie n'est pas parfaitement claire à la lecture de la décision.

184. [1977] 2 R.C.S. 1067.

185. L.R.C. (1985), ch. E-23, depuis la révision des lois fédérales.

186. *États-Unis d'Amérique* c. *Shephard*, précité, note 184, 1079-1080.

187. *Id.*, 1080.

était manifestement si peu digne de foi « qu'il lui était permis de le considérer comme "n'étant pas suffisant" au sens du par. (1) de l'art. 475 [l'actuel par. 548(1)] du *Code criminel*[188]. » Mais la Cour suprême du Canada, finalement saisie de l'affaire, a jugé à la majorité que le juge d'extradition s'était trompé. Le juge Ritchie, qui a rédigé l'opinion de la majorité, a noté que la personne ayant bénéficié de l'immunité était malgré tout un témoin compétent, que sa déposition était recevable, et que la crédibilité du témoin était une question qui « relevait du jury ou du juge siégeant seul dans un procès sans jury[189] ». Par la suite, la Cour suprême a ajouté dans *Vetrovec* c. *La Reine*[190] : « Même dans les cas où l'on promet l'immunité, on ne doit pas nécessairement conclure que le complice n'est pas digne de foi. »

La garantie d'immunité n'est pas toujours subordonnée à un témoignage *préalable*. Dans *R.* c. *Turner*[191], par exemple, le lord juge Lawton a établi une distinction avec la décision *R.* c. *Pipe*[192] (où le témoignage d'un complice avait été jugé irrecevable). Dans ce dernier cas, a-t-il déclaré, [TRADUCTION] « le motif de la décision concerne strictement une cause dans laquelle, afin de faire condamner un autre accusé, on demande à un complice, qui a été inculpé mais n'a pas été jugé, de témoigner au sujet de sa propre infraction[193] ». Dans l'affaire *Turner*, par contre, le témoin avait déjà été traduit en justice sous quatre chefs d'accusation et avait été acquitté, le poursuivant s'étant abstenu de produire quelque élément de preuve contre lui. Soulignant que [TRADUCTION] « [l]orsque [le témoin] s'est présenté à la barre tant devant les magistrats que pendant le présent procès, il ne risquait pas vraiment d'être poursuivi s'il refusait de rendre témoignage[194] », et que

188. *Id.*, 1085 (j. Ritchie).

189. *Id.*, 1087.

190. [1982] 1 R.C.S. 811, 821 (j. Dickson, alors juge puîné).

191. Précité, note 145.

192. (1967) 51 Cr. App. R. 17 (C.A.). Dans l'arrêt *Shephard*, précité, note 184, la Cour suprême du Canada (j. Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, p. 1085) a exprimé l'avis que le juge d'extradition dans cette affaire avait eu raison de déclarer « que l'arrêt PIPE va plus loin que la pratique au Canada et que, dans notre pays, le seul fait qu'un complice soit sous le coup d'inculpations encore pendantes ne rend pas irrégulière une condamnation fondée sur son témoignage. » Voir aussi *R.* c. *Piercey* (1988), 42 C.C.C. (3e) 475 (C.A. T.-N.).

193. *R.* c. *Turner*, précité, note 145, 78.

194. *Id.*, 79. Selon le lord juge (p. 79) :

> [TRADUCTION]
>
> Quand [le témoin] a décidé de fournir à la police des renseignements sur ses complices, la perspective d'obtenir l'immunité contre toute autre poursuite constituait une très forte incitation. Il faut néanmoins tenir compte de la situation où se trouvait [le témoin] au moment de sa déposition. Toutes les accusations portées contre lui s'étaient terminées en sa faveur. Par le moyen d'une absurde accusation de complot, le poursuivant avait tenté de lui accorder l'immunité contre des poursuites pour toutes les infractions dont il avait fait état dans ses déclarations. Si, une fois les verdicts de non-culpabilité rendus en sa faveur, il avait refusé de témoigner et si le poursuivant, en se fondant sur la différence entre une accusation de complot relatif à un vol et une accusation de vol, avait tenté de le poursuivre pour quelque infraction consommée dont il avait révélé l'existence, ses déclarations auraient été irrecevables, parce que obtenues par le moyen d'incitations.

[TRADUCTION] « [l]e seul risque qu'il courait était que la police lui retire la protection dont il avait joui et refuse de le conduire en secret là où il voulait aller[195] », le lord juge a exprimé l'avis qu'au regard de ces faits, il fallait faire une distinction entre le cas dont il était saisi et l'affaire *Pipe*[196].

Comme semble l'indiquer la décision rendue dans l'affaire *Turner*, le fait qu'une personne ait obtenu une garantie d'immunité avant de témoigner peut influer sur la crédibilité attribuée à sa déposition[197]. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande l'a reconnu dans *R.* c. *McDonald*[198]. L'accusé prétendait, en appel, que la preuve d'une garantie d'immunité donnée par le solliciteur général à deux témoins clés du ministère public n'aurait pas dû être reçue au procès. Rejetant cet argument, la Cour a établi une analogie avec [TRADUCTION] « la longue tradition voulant que la Couronne puisse demander à un complice cité comme témoin de confirmer dans sa déposition qu'une décision a déjà été prise à son égard, quant à sa participation à une infraction[199]. » Le juge a ajouté :

> [TRADUCTION]
> Cette preuve est nécessairement présentée au jury afin qu'il sache que, dans cette mesure tout au moins, le sort réservé au complice pour sa participation à l'infraction ne dépend plus de la faveur de la Couronne ou du tribunal. À notre avis, la déclaration suscitée en l'espèce l'a été pour une fin semblable et était recevable à cette fin, à savoir, permettre au jury d'apprécier la force probante des dépositions [des deux témoins] grâce à une connaissance suffisante des circonstances dans lesquelles ils en étaient venus à témoigner contre McDonald[200].

Dans l'arrêt *R.* c. *Black*[201], l'un des témoins avait lui-même été inculpé au départ de [TRADUCTION] « toutes les infractions décrites dans le présent acte d'accusation[202] ». Au procès de ce témoin, cependant, [TRADUCTION] « [l]e poursuivant n'avait présenté aucune preuve contre lui et il avait ainsi été acquitté[203]. » Vu les circonstances, le juge de première instance avait déclaré au jury, après la déposition du témoin en question : [TRADUCTION] « On vous [. . .] a dit qu'un certificat d'acquittement avait été déposé à son sujet [. . .] avant qu'il témoigne dans la présente cause ; cela signifie qu'il est hors de la portée du ministère public. Il l'était lorsqu'il a témoigné dans la présente cause[204]. »

---

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*

197. Voir *R.* c. *Stevenson* (1971), 5 C.C.C. (2e) 415 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, [TRADUCTION] « un témoin à charge avait été accusé de la même infraction mais la Couronne a retiré l'accusation et au procès de l'appelant, on a tenté de contre-interroger [le témoin] sur les ententes conclues entre elle et le procureur de la Couronne avant le retrait de l'accusation » (j. en chef Gale, p. 415). Bien que [TRADUCTION] « [l]e juge de première instance n'ait pas permis le contre-interrogatoire » (p. 415), la Cour d'appel de l'Ontario a ultérieurement exprimé l'avis que [TRADUCTION] « cette preuve était recevable pour établir la crédibilité [du témoin] et elle aurait dû être reçue » (p. 415).

198. Précité, note 106.

199. *Id.*, 106 (j. Richmond).

200. *Ibid.*

201. (1970) 10 C.R.N.S. 17 (C.A. C.-B.).

202. *Id.*, 29.

203. *Ibid.*

204. *Ibid.*

Le juge a ajouté que le témoin avait admis avoir conclu un marché avec la police[205] et que cela n'était pas illégal[206], en disant aux jurés qu'il leur revenait de [TRADUCTION] « déterminer s'il était motivé ou non par un autre souci que celui de dire la vérité lorsqu'il a fait sa déposition[207] ». Il a aussi donné ces précisions :

> [TRADUCTION]
> [S]i vous avez un doute au sujet de quelque partie de sa déposition [. . .] du fait qu'il soit un complice, vous ne devriez certainement pas, sur une question essentielle, le croire sur sa parole. Mais le ministère public vous dit que la vraie question, en l'occurrence, est celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, pas celle de savoir si le ministère public a conclu une entente avec cet homme et si ce dernier a ainsi échappé à toute sanction[208].

En appel, on a prétendu que le témoin n'était pas véritablement « hors de la portée du ministère public » puisque [TRADUCTION] « dans le cas où il serait inculpé de nouveau des infractions décrites dans le présent acte d'accusation, il ne pourrait opposer le moyen d'*autrefois acquit*[209] ». Mais le juge Maclean, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, n'a pas voulu [TRADUCTION] « se prononcer sur le bien-fondé de cette thèse sur le plan technique[210] », puisque pour lui « la question [était] en fait de savoir si [le témoin], au moment où il a déposé, [. . .] pensait que les accusations portées contre lui [. . .] étaient toujours pendantes[211]. » Il a conclu que [TRADUCTION] « le simple fait que [le témoin] ait comparu au procès et qu'il ait témoigné comme il l'a fait, s'incriminant lui-même ainsi que d'autres personnes, indique qu'il devait avoir l'impression que sa libération par la *Magistrate's Court* supprimait tout risque de poursuites pour les infractions décrites dans l'acte d'accusation[212]. »

---

205. *Id.*, 30.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*

209. *Id.*, 29.

210. *Ibid.*

211. *Ibid.*

212. *Id.*, 30. *Cf. R.* c. *Wilson* (1981), 12 Man. R. (2e) 195 (C.A.), où, selon la Cour (j. O'Sullivan, p. 196), le principal témoin à charge, [TRADUCTION] « [b]ien que manifestement coupable d'importation et de trafic, [. . .] a obtenu l'immunité contre les poursuites [. . .] en retour de son consentement à collaborer à la dénonciation des autres membres du réseau de la drogue ». Bien qu'il ait été statué qu'il n'y avait eu [TRADUCTION] « ni tort appréciable ni déni de justice » (voir le sous-alinéa 686 (1)*b*) (iii) du *Code criminel* actuel), la Cour d'appel du Manitoba a accepté la thèse du procureur

> [TRADUCTION]
> suivant laquelle, même si le savant juge de première instance avait à juste titre averti le jury du danger de condamner un individu sur la foi de la déposition d'une personne ayant participé avec lui au complot, sans corroboration, il avait atténué sa mise en garde en invitant le jury à tenir compte de la véracité du complice indépendamment de la corroboration, et en indiquant au jury que le complice n'avait rien à gagner en se livrant à quelque fabrication, puisque l'« affaire » avait déjà été conclue (pp. 196-197).

Une garantie d'immunité contre des poursuites est manifestement une incitation qui aurait pour effet, au sens de la règle établie dans l'arrêt *Ibrahim*[213], d'enlever tout caractère « volontaire » à un aveu[214]. Dans l'affaire *Kalashnikoff*[215], un officier de police qui avait dressé une contravention à la circulation contre l'accusé, avait obtenu de celui-ci une déclaration après lui avoir dit [TRADUCTION] « qu'il ne donnerait pas suite à cette contravention si [l'accusé] pouvait obtenir certains renseignements précieux, sur le vol à main armée de Polson Place en particulier[216] ». D'après la déposition de l'officier de police, l'accusé venait de lui déclarer [TRADUCTION] « qu'il ne pouvait pas se permettre de prendre cette contravention, car elle allait lui faire perdre son permis de conduire[217]. » Vu les circonstances, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que [TRADUCTION] « [l]a déclaration avait été faite avec l'espoir d'en retirer un avantage[218] » et aurait dû être tenue pour irrecevable au procès de l'accusé pour vol qualifié.

Il arrive que les autorités offrent l'immunité à une personne pour l'amener à consentir à l'interception et à l'admission en preuve de communications privées (suivant les alinéas 184(2)*a*) et 189(1)*b*) du *Code criminel* [nouvelle numérotation]). Les tribunaux ont eu à déterminer si le consentement obtenu contre une telle garantie peut être considéré comme volontaire. Dans l'arrêt *R.* c. *Dass*[219], par exemple, le juge de première instance a observé que la personne ayant donné le consentement exigé par l'alinéa 189(1)*b*) [TRADUCTION] « n'a pas fait l'objet de poursuites[220] » et que « les accusations ont été abandonnées à la condition qu'elle témoigne et consente à ce que les communications interceptées soient admises en preuve[221] ». Estimant que le critère établi dans l'arrêt *Ibrahim* (caractère volontaire) s'appliquait et qu'il n'y avait pas été satisfait, le juge a conclu que le consentement était insuffisant.

On est en revanche arrivé à une conclusion différente dans l'arrêt *R.* c. *Bengert (n° 3)*[222]. Le poursuivant voulait [TRADUCTION] « produire certaines communications privées entre de prétendus comploteurs, en vertu du consentement explicite donné à la

---

213. [1914] A.C. 599 (C.P.). Selon cette règle, [TRADUCTION] « aucune déclaration d'un accusé n'est recevable en preuve contre lui, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité » (lord Sumner, p. 609). Voir *R.* c. *Gillis* (1866), 11 Cox C.C. 69 (C.A.C.) ; *R.* c. *Houghton* (1978), 68 Cr. App. R. 197 (C.A.) ; *R.* c. *Barker* (1941), 28 Cr. App. R. 52 (C.A.C.), tous cités par F. KAUFMAN, *op. cit.*, note 101, p. 199.

214. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 305-306.

215. Précitée, note 129. *Cf. R.* c. *Mathias*, *The Times*, 24 août 1989 (C.A.), étudié dans *Archbold: Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases, Eighth Cumulative Supplement to the Forty-Third Edition*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, p. 286.

216. *R.* c. *Kalashnikoff*, précité, note 129, 299.

217. *Id.*, 298.

218. *Id.*, 299.

219. (1977) 39 C.C.C. (2e) 465 (B.R. Man.), confirmé par (1979) 47 C.C.C. (2e) 194 (C.A. Man.).

220. *Id.*, 466.

221. *Ibid.*

222. (1978) 15 C.R. (3e) 13 (C.A. C.-B.).

barre des témoins [. . .] par certains d'entre eux[223] ». Le juge Berger a expliqué que [TRADUCTION] « les témoins qui ont donné leur consentement avaient déjà consenti à collaborer avec la police pour éviter d'être accusés eux-mêmes[224] », et que « [l]'entente conclue avec la police [. . .] supposait qu'ils consentent à l'admission en preuve des communications privées[225] ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « Tous avaient obtenu une promesse d'immunité. Certains d'entre eux bénéficient présentement de la protection de la police ; incapables de se trouver du travail, ils reçoivent 800 $ par mois. Certains se sont fait promettre de fortes sommes d'argent — 50 000 $ dans deux cas, 35 000 $ et 30 000 $ dans deux autres cas — pour être en mesure de refaire leur vie après le procès[226] ». Devant ces faits, le juge a exprimé l'avis que [TRADUCTION] « le consentement de ces témoins a été obtenu par divers moyens : menace de poursuites, garantie d'immunité, versement d'argent, etc.[227] », et que si on appliquait la règle régissant les aveux, [TRADUCTION] « les consentements obtenus ne rendraient pas les communications privées admissibles[228] ». Le juge Berger est tout de même arrivé à la conclusion que les consentements étaient valides et la preuve admissible, parce que [TRADUCTION] « la règle relative aux aveux est destinée à garantir que les déclarations faites par des accusés sont dignes de foi[229] », et « aucune question de cette nature ne se pose dans le cas de l'alinéa 178.16(1)*b*) [alinéa 189(1)*b*) selon la nouvelle numérotation][230]. » Il a ajouté : [TRADUCTION] « Qu'il suffise de dire qu'en l'espèce les témoins devaient faire un choix. Ils n'étaient pas obligés de consentir. Ils auraient pu refuser de collaborer et de donner le consentement demandé, et ainsi courir le risque d'un procès. On peut dire de chacun des témoins que son choix émanait de sa volonté[231] ».

Dans l'arrêt *Goldman* c. *La Reine*[232], où il était question d'un consentement donné en vertu de l'actuel alinéa 184(2)*a*), la Cour suprême du Canada, dans un jugement majoritaire, a ultérieurement parlé d'un « consentement [. . .] donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites », et déclaré que « [d]es incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menaces de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant

223. *Id.*, 14 (j. Berger).

224. *Ibid.*

225. *Ibid.*

226. *Ibid.*

227. *Ibid.*

228. *Ibid.*

229. *Ibid.*

230. *Ibid.*

231. *Id.*, 15.

232. [1980] 1 R.C.S. 976, le juge McIntyre (les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte souscrivant à son opinion), p. 1006. Voir aussi l'arrêt récent *R.* c. *Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 31.

autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte[233] », mais que « [d]es considérations différentes entrent en jeu [...] lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici[234]. »

VI. Le respect des ententes portant garantie d'immunité

Les tribunaux canadiens se sont montrés disposés à donner effet aux ententes portant garantie d'immunité lorsqu'il y avait été contrevenu. Le juge Berger de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ayant constaté que le ministère public avait commis un abus de procédure en voulant renier sa promesse de ne pas engager de poursuites, a déclaré dans l'arrêt *Re Smith and The Queen*[235] que [TRADUCTION] « [l]e simple citoyen a le droit de s'attendre à ce que la Couronne tienne parole[236]. »

Dans l'affaire *Betesh*[237], dont il a déjà été question, le juge Graburn a veillé au respect d'une garantie d'immunité, en ordonnant l'arrêt de poursuites qu'il tenait pour abusives. Il s'est appuyé notamment sur l'arrêt *R.* c. *Agozzino*[238] (où la Cour d'appel de l'Ontario avait rendu une ordonnance semblable à cause de l'existence d'une entente sur le plaidoyer) et a déclaré :

---

233. *Goldman* c. *La Reine*, précité, note 232, 1006.

234. *Ibid.* Voir aussi *Rosen* c. *La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961. Dans une affaire plus récente, *R.* c. *Voutsis*, précitée, note 133, un témoin avait [TRADUCTION] « donné à la police un consentement, signé en bonne et due forme, autorisant celle-ci à intercepter ses communications avec [l'accusé] et à les produire au cours d'un procès ultérieur » (j. d'appel Cameron, p. 455). Analysant la façon dont le juge de première instance avait statué sur la question du consentement, la Cour d'appel de la Saskatchewan a déclaré (j. Cameron, p. 455) :

> [TRADUCTION]
>
> Il a conclu que [le témoin] comprenait la nature de son consentement ; qu'elle était consciente de ce qu'elle faisait lorsqu'elle l'a donné ; qu'elle appréciait l'importance de son geste ; qu'elle était consciente de l'utilisation que les forces de l'ordre feraient de son consentement s'il survenait une infraction au cours de sa réunion avec [l'accusé] ; et qu'elle avait donné son consentement sciemment, volontairement et sans contrainte. Bien que persuadé qu'elle avait consenti en contrepartie de la promesse que les forces de l'ordre lui avaient faite d'abandonner un certain nombre d'accusations qui pesaient encore contre elle — ayant trait à l'obtention illégale de stupéfiants —, il a conclu qu'elle avait donné son consentement volontairement et sans contrainte. Il a noté également que, dans sa déposition, [le témoin] avait fait connaître son consentement à ce que les communications soient admises en preuve, et s'est dit persuadé qu'elle savait ce qu'elle faisait et qu'elle en comprenait les conséquences.
>
> Vu l'ensemble de la preuve et la façon dont le juge de première instance a abordé les questions, nous ne trouvons aucun motif valable d'infirmer sa conclusion, à savoir que le ministère public avait satisfait aux conditions préalables fixées par la loi pour l'admission de la communication interceptée.

235. (1974) 22 C.C.C. (2e) 268.

236. *Id.*, 272.

237. Précitée, note 14.

238. [1970] 1 C.C.C. 380.

[TRADUCTION]

Un dernier mot : d'aucuns diront que le jugement que je rends aujourd'hui prive un citoyen de ses recours auprès du tribunal pour le redressement d'un préjudice qui lui aurait été causé. Une telle affirmation est insoutenable pour deux motifs. Nous avons affaire ici à des poursuites pénales. Ce n'est pas le citoyen mais l'État qui se voit refuser l'accès aux tribunaux. Et ce n'est pas la Cour qui a refusé à l'État le droit de s'adresser à elle : c'est l'État lui-même qui y a renoncé en concluant l'entente du 26 avril 1974.

Il s'en trouvera beaucoup, et je serai du nombre, pour estimer qu'il était fort malavisé d'insérer la clause relative à l'immunité dans l'entente du 26 avril 1974, empêchant ainsi un citoyen ayant apparemment subi un préjudice d'avoir recours aux mécanismes du droit pénal.

Néanmoins, si malavisé que cela ait été selon moi, il serait contraire à la loi de laisser ces poursuites se dérouler, vu l'entente conclue et [...] l'arrêt *Agozzino*.

À mon avis, la Couronne est liée par son engagement [...] ; le fait de manquer à son engagement constitue un abus de la procédure de cette Cour[239].

Dans l'affaire *R.* c. *Crneck*[240], l'accusée Bradley avait fait une déclaration par écrit à la police. Une entente avait au préalable été conclue : d'une part, la déclaration en question ne serait utilisée dans aucune poursuite contre son auteur ; d'autre part, Bradley serait citée comme témoin à charge contre l'accusée Crneck, plutôt que de subir elle aussi son procès, pourvu que sa déclaration corresponde à une autre faite antérieurement et soit compatible avec certaines déclarations d'autres personnes. Une fois la déclaration faite et étudiée, le procureur s'était engagé auprès de l'avocat de Bradley à ne pas traduire celle-ci en justice, mais à la faire déposer contre Crneck. Lorsqu'un nouveau procureur a décidé de poursuivre Bradley en dépit de ces arrangements, elle a demandé un arrêt des procédures, en invoquant le [TRADUCTION] « préjudice manifeste[241] » que cela lui causait et le fait qu'il s'agissait d'un abus de procédure ayant pour effet de [TRADUCTION] « déconsidérer l'administration de la justice[242]. » Faisant droit à cette requête, pour le motif que l'accusée Bradley subirait une oppression ou un préjudice sérieux, au sens donné à ces termes dans la théorie de l'abus de procédure[243], le juge Krever a déclaré :

239. *R.* c. *Betesh*, précité, note 14, 252.

240. (1980) 55 C.C.C. (2e) 1 (H.C. Ont.).

241. *Id.*, 10 (j. Krever).

242. *Ibid.*

243. *Id.*, 13.

[TRADUCTION]

> Si l'on permet à la Couronne de se dédire de l'entente par laquelle elle s'était engagée à mettre fin aux poursuites contre M^lle^ Bradley après que celle-ci se serait acquittée de son engagement, la Couronne lui aura à mon avis causé un préjudice grave dans sa défense contre cette accusation. Il faut se rappeler qu'elle et M^lle^ Crneck sont des coaccusées et que cette dernière, n'étant pas partie à l'entente, ne peut en subir quelque préjudice. Si, au procès, M^lle^ Bradley se présentait à la barre des témoins pour sa propre défense, comme elle en a parfaitement le droit, et imputait les faits à M^lle^ Crneck, l'avocat de cette dernière aurait le droit de contre-interroger M^lle^ Bradley sur sa crédibilité. Il pourrait, pour cela, faire état de l'entente — je ne parle pas du contenu de la déclaration mais de l'entente avec la Couronne — et prétendre qu'en incriminant M^lle^ Crneck, elle avait tenté d'obtenir l'immunité contre des poursuites et éviter ainsi d'être condamnée. Le jury apprendrait ainsi l'existence de l'entente et, voyant M^lle^ Bradley au banc des accusés, il pourrait en conclure que le fait que la Couronne ait manqué à sa promesse laisse à penser qu'elle était coupable. Même s'il était possible de surmonter cette difficulté au moyen des directives au jury, ce dont je doute, rien ne pourrait être fait pour contrer l'effet du coup porté par M^lle^ Crneck à la crédibilité de M^lle^ Bradley par cette allusion à l'entente, coup, je l'ai dit, que l'avocat de M^lle^ Crneck aurait le droit de porter. M^lle^ Bradley pourrait donc fort bien être dissuadée de se présenter à la barre des témoins pour sa propre défense et se voir ainsi privée totalement ou partiellement d'une véritable occasion de présenter une pleine réponse[244].

Ce ne sont pas seulement les poursuites intentées contre la personne jouissant de l'immunité qui peuvent amener les tribunaux à veiller au respect de l'entente conclue. Par exemple, un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *R.* c. *A.*[245] (qui n'a pas trait en soi à une garantie d'immunité contre des poursuites), a d'importantes répercussions sur les ententes relatives à la protection du témoin ou de sa famille. Dans cette affaire, « [l]a G.R.C. s'est engagée à assurer la protection de A., B. et C.[246] » ; mais « on craignait que les appelants soient mis en danger par le témoignage que l'un d'eux devait donner à un procès criminel, en vertu d'une assignation[247] » et, « en raison de cette crainte [. . .] on a demandé, par voie de *certiorari*, l'annulation de l'assignation ou, subsidiairement, un redressement fondé sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[248]. » On a en outre signalé que « A a spécifiquement déclaré sous serment qu'il était prêt à témoigner si la protection de B et de C était assurée ou si la G.R.C. parvenait à convaincre le juge saisi de la requête que la protection de B et de C n'était plus nécessaire[249]. » Le juge saisi de la requête « l'a rejetée pour la raison, d'abord, que l'assignation était valide et, en second lieu, que B et C étaient à l'extérieur du pays et qu'un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être accordé à des personnes vivant ailleurs qu'au

244. *Id.*, 12-13.

245. [1990] 1 R.C.S. 995.

246. *Id.*, 998 (j. Cory).

247. *Id.*, 997.

248. *Ibid.*

249. *Ibid.*

Canada[250] », mais la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité que le juge avait fait une erreur. Dans l'exposé de ses motifs, le juge Sopinka[251] a fait observer qu'« il est évident qu'un tribunal peut contrôler l'abus de ses procédures[252] », que « [i]l peut y avoir abus du pouvoir d'assigner même si, à la lecture, l'assignation paraît régulière[253] » et que « si la conduite des pouvoirs publics constituait un abus des pouvoirs d'assignation, il aurait été possible d'accorder réparation[254] ». En outre, « si l'on avait établi la présence d'une violation de l'art. 7 les requérants auraient pu obtenir réparation. La menace pesant sur B et C avait une incidence non seulement sur eux-mêmes et leur sécurité, mais aussi sur A. Leur protection était un mode de redressement pour A même si cela signifiait qu'il faudrait alors prendre des mesures concrètes et matérielles en dehors du ressort du tribunal[255]. »

Il n'est pas toujours facile pour les tribunaux d'établir si une garantie d'immunité a bien été donnée, comme on a pu le constater dans une affaire récente, *R.* c. *Demers*[256]. L'accusé avait fait appel de condamnations relatives à plusieurs chefs, en faisant valoir que le juge de première instance aurait dû annuler les accusations portées contre lui. Dans sa requête au juge de première instance, il avait prétendu que deux agents de police lui avaient promis l'arrêt des poursuites sur de telles accusations s'il fournissait des renseignements sur un homicide ; on lui aurait dit en outre qu'un représentant du bureau du procureur de la Couronne avait approuvé cette entente. Les poursuites, faisait valoir l'accusé, constituaient un abus de procédure et violaient les articles 7, 9, 11 et 12 de la Charte. Mais comme le juge Kaufman devait le faire remarquer par la suite au nom de la Cour d'appel du Québec, [TRADUCTION] « [m]alheureusement, le procureur de la Couronne en cause ne pouvait se rappeler avec certitude ce qui s'était produit[257] ».

---

250. *Id.*, 998.

251. Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier souscrivant à son opinion.

252. *R.* c. *A.*, précité, note 245, 1003.

253. *Ibid.*

254. *Ibid.*

255. *Ibid.*

256. Précitée, note 135.

257. *Id.*, 50. Le procureur de la Couronne a déposé en ce sens (p. 51) :

> Q. Est-ce que, à votre connaissance, y a eu un engagement à un moment ou l'autre, quel qu'il soit, qui a été porté à votre connaissance et auquel vous auriez acquiescé ou que vous auriez refusé à l'effet qu'il y aurait arrêt définitif des procédures dans le cas de Monsieur Demers sur l'accusation de vol qualifié du 1er octobre ?
>
> R. C'est comme je vous ai dit tout à l'heure là, je me souviens pas de façon précise, je doute beaucoup m'être engagé à ce moment-là à quelque chose dans ce style-là.

Témoignant au sujet de la requête, il avait reconnu que « si [M. Demers] avait pas eu le rôle que je pense qu'il a eu relativement au meurtre[258] » et « [s'il] avait été question que lui témoigne contre les autres, à ce moment-là, on aurait pu prendre des dispositions[259]. » Il a cependant ajouté : « je doute qu'au tout début, j'ai négocié là avec les policiers ou dit qu'on arrêterait définitivement les procédures contre Monsieur Demers en échange de quoique (sic) ce soit[260]. » Il a ensuite répondu par l'affirmative quand on lui a demandé — la question avait apparemment trait aux discussions qu'il avait eues avec les agents de police auxquels l'accusé avait parlé[261] — s'il était « pleinement d'accord à ce qu'il [Demers] reste en liberté pour collaborer avec les policiers à éclaircir le meurtre de Monsieur Robert Vallée[262] ».

En s'efforçant de déterminer s'il y avait eu garantie d'immunité et, le cas échéant, s'il y avait eu manquement à cette garantie, le juge Kaufman, se reportant aux faits allégués dans la requête de l'accusé, a déclaré :

> [TRADUCTION]
>
> Je dirai tout d'abord qu'il s'agit du type de situations auxquelles aboutissent les « marchés » entre suspects et policiers. Et le problème se complique lorsque, comme en l'espèce, la Couronne intervient. La nature même de ces « arrangements » fait que rien n'est couché par écrit et il n'est donc pas étonnant que les engagements ainsi conclus puissent être mal interprétés. C'est là un risque inhérent à ce processus, et s'il peut s'avérer nécessaire que les autorités offrent des avantages à la personne dont ils veulent obtenir des renseignements, il n'est pas facile, pour les tribunaux, de démêler après coup les prétentions, parfois sincères, des parties en cause. [...]
>
> J'insiste encore sur le fait qu'à mon avis, une offre d'immunité, lorsque les circonstances la justifient, n'est pas nécessairement une mauvaise chose en soi. Et je ne suis pas surpris non plus que le procureur de la Couronne, déposant près d'un an et demi après les faits, n'ait pu se rappeler les détails de l'affaire[263].

---

258. *Id.*, 51.

259. *Ibid.*

260. *Ibid.*

261. Ainsi que la Cour l'a déclaré (j. Kaufman, p. 50) [TRADUCTION] : « On nous dit que cette consultation avait pour objet l'obtention d'une suspension temporaire des accusations de vol qualifié afin que Demers demeure en liberté pendant qu'il aidait la police. »

262. *R.* c. *Demers*, précité, note 135, 51.

263. *Id.*, 50, 51.

Même lorsque l'existence d'une garantie d'immunité est démontrée, son contenu ou son interprétation peuvent faire l'objet de contestations[264]. Dans *Re Smith and The Queen*[265], le procureur de la Couronne avait déclaré à l'accusé, inculpé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, [TRADUCTION] « que s'il décidait de remettre cette autre marijuana, celle qui n'avait pas été saisie, aucune accusation relative à cette marijuana ne serait portée[266] ». L'accusé, s'étant exécuté, s'était tout de même vu inculper de deux chefs de complot, parce que [TRADUCTION] « les deux chefs d'accusation de complot n'étaient pas visés par l'entente, et [parce que] la promesse [du procureur de la Couronne] ne s'étendait qu'à d'éventuelles accusations de possession ou de trafic, et rien de plus[267]. »

Dans l'affaire australienne *R.* c. *Georgiadis*[268], on avait demandé au tribunal de déterminer la portée de l'immunité accordée à l'accusé, bien que l'engagement pris par le procureur général auprès de l'accusé eût été confirmé par écrit. Le juge Ormiston, de la Cour suprême de Victoria, a déclaré qu'il fallait interpréter cet engagement [TRADUCTION] « de la même façon qu'un engagement ordinaire[269] », mais qu'il [TRADUCTION] « était

---

264. Voir *Re Bruneau and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2e) 200 (C.S. C.-B.) où l'accusé a demandé l'émission d'un bref de *mandamus* pour qu'on prenne en considération le moyen d'abus de procédure qu'il invoquait. L'accusé prétendait en fait qu'il y avait eu une entente portant à la fois sur le plaidoyer et sur une garantie d'immunité, entente que la Couronne n'aurait pas respectée. Il est toutefois impossible de savoir avec certitude, à la lecture du texte publié, ce que la Couronne contestait — l'existence de l'entente, sa teneur, l'exécution par l'accusé des obligations contractées, ou le manquement qu'on reprochait à la Couronne. Voici certaines observations faites par le juge Spencer (pp. 201-202) :

> [TRADUCTION]
> Le requérant est accusé d'introduction par effraction dans un dessein criminel et d'avoir commis un acte criminel. Il prétend qu'au moment où il a été accusé pour la première fois, la Couronne a conclu avec lui une entente en vertu de laquelle, s'il révélait l'emplacement d'une cachette où se trouvait une grande quantité de marijuana et plaidait coupable à une accusation de possession de marijuana aux fins de trafic, il ne serait pas poursuivi sur ces chefs d'accusation, pourvu, en outre, qu'il se prête à l'épreuve du détecteur de mensonge relativement aux circonstances entourant ces accusations. Il soutient que conformément à cette entente, il a révélé l'emplacement de la cachette à la police, a plaidé coupable à l'accusation de possession et qu'il était disposé à se soumettre à l'épreuve du détecteur de mensonge, mais qu'il n'a pas pu se présenter au rendez-vous fixé par la police à cette fin. Il se serait par la suite mis à la disposition de la police pour être soumis au détecteur, mais la police aurait refusé de lui en donner l'occasion une seconde fois et la Couronne aurait procédé à l'inculpation dont nous sommes saisis, à cause de son refus. Cela, je le souligne, c'est ce que prétend le requérant. [...]
>
> Lorsque j'ai été saisi de cette affaire pour la première fois par suite d'une demande de bref de prohibition [...] le procureur de la Couronne a reconnu que si les faits correspondaient à la version du requérant, il s'agirait d'un abus de procédure de la part de la Couronne, mais la Couronne conteste les allégations.

265. Précité, note 235.

266. *Id.*, 271.

267. *Ibid.*

268. [1984] V.R. 1030.

269. *Id.*, 1037.

souhaitable de lui donner une interprétation favorable à la personne envers qui il était pris[270] ». Après avoir déclaré que [TRADUCTION] « ces engagements doivent être [...] interprétés en prenant en considération l'intérêt qu'a le public à ce que les criminels soient traduits en justice[271] », le juge a ajouté : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que je devrais donner un sens étroit au document et faire ainsi échouer l'objectif auquel répondent de telles immunités, quelle que soit, sur le plan juridique, la nature exacte de l'engagement[272]. »

Par ailleurs, les tribunaux sont parfois appelés à déterminer si le délateur-témoin s'est acquitté de ses engagements, ce qui n'est pas sans causer des difficultés. Prenons encore une fois le cas de l'affaire *Demers*[273]. L'accusé prétendait qu'on lui avait promis l'immunité à l'égard de certaines accusations en échange de renseignements relatifs à un homicide. La police avait fini par l'inculper de meurtre en rapport avec la même affaire et avait porté les accusations auxquelles se rapportait la prétendue immunité, une fois l'acquittement prononcé quant au meurtre. Statuant sur l'appel, la Cour d'appel du Québec a déclaré :

> [TRADUCTION]
> L'accusé a-t-il aidé la police ? La preuve est loin d'être concluante. D'une part, ainsi que l'a indiqué le juge de première instance, il ne s'est pas rendu à un rendez-vous avec l'un des suspects, où la police espérait enregistrer, au moyen d'un transmetteur dissimulé, la conversation qui aurait pu s'y dérouler. D'autre part, Demers a fait une déclaration dans laquelle il a incriminé deux personnes. Comme le juge l'a déclaré : « C'est tout, mais c'est beaucoup aussi, il est vrai » [en français dans le texte]. Ces deux personnes, comme le précise la requête, ont finalement plaidé coupable à des accusations réduites d'homicide involontaire coupable.
>
> Il est possible, bien entendu, que la police ait découvert par la suite que l'accusé était beaucoup plus impliqué dans le meurtre qu'on l'avait tout d'abord pensé, et que cela explique l'inculpation de meurtre. Comme nous l'avons dit, il a été acquitté de cette accusation, et c'est à ce moment-là qu'il a été arrêté de nouveau et inculpé relativement au vol qualifié. Incidemment, la Couronne a interjeté appel de l'acquittement[274].

---

270. *Ibid.*

271. *Id.*, 1038, où l'on cite A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 324 et *Turner* c. *Director of Public Prosecutions*, précité, note 116, 73.

272. *R.* c. *Georgiadis*, précité, note 268, 1040.

273. Précitée, note 135.

274. *Id.*, 52 (j. Kaufman).

CHAPITRE QUATRE

Nos propositions de réforme

Comme nous l'indiquions au début de ce document de travail, la conclusion d'ententes portant garantie d'immunité peut à notre avis constituer, dans certains cas, un exercice opportun par le ministère public du pouvoir discrétionnaire dont il est investi au chapitre de l'engagement de poursuites pénales. La réglementation de ces ententes nous semble toutefois indispensable. Pour promouvoir les principes dont nous avons déjà fait état (en particulier ceux de l'équité et de l'efficacité), et afin de favoriser l'exercice rationnel du pouvoir discrétionnaire en cause, nous avons élaboré un certain nombre de règles destinées à régir les garanties d'immunité.

Ces règles ne sont pas exhaustives — elles constituent plutôt un cadre général. Certaines d'entre elles pourraient s'incarner dans des dispositions législatives, tandis que les autres se prêtent davantage à l'adoption de lignes de conduite uniformes. Sans être encore parvenus à une décision définitive à ce sujet, il nous semble que les recommandations 1, 2, 4 et 13 à 16 sont les plus propres à une formulation législative.

I. Définition de l'entente portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

1. L'expression « entente portant garantie d'immunité » devrait être définie comme toute entente suivant laquelle le ministère public s'engage, soit à s'abstenir de poursuivre une personne ou un groupe de personnes pour un ou plusieurs crimes, soit à mettre fin à des poursuites engagées contre elles, en contrepartie totale ou partielle d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration.

Commentaire

Cette recommandation résume l'échange de prestations qui caractérise toutes les ententes portant garantie d'immunité contre des poursuites. Elle est formulée en termes larges — il fallait en effet tenir compte des diverses fins auxquelles ces ententes peuvent répondre[275], ainsi que des différentes contreparties susceptibles d'être requises contre l'octroi de l'immunité[276].

La définition s'applique tant aux ententes n'ayant trait qu'à l'immunité qu'à celles ayant trait à la fois au plaidoyer et à l'immunité. Nous avons déjà reconnu dans le présent document qu'il existe des formes incomplètes d'immunité et que des ententes portant garantie d'immunité peuvent être combinées à des ententes sur le plaidoyer. Pour les plaidoyers de culpabilité, nous estimons que le régime proposé dans un document de travail antérieur devrait toujours s'appliquer[277]. Mais nous ne voyons rien d'illogique à ce que les deux régimes s'appliquent simultanément lorsqu'une entente sur le plaidoyer et une entente portant garantie d'immunité sont conclues en même temps, et nous estimons que cela ne pose pas de problème majeur. Il nous semblerait en fait possible, en dernière analyse, de soumettre les deux types d'ententes à un régime unique et global.

Quant à l'expression « mettre fin » utilisée dans cette recommandation, elle doit être interprétée à la lumière des propositions faites par la Commission dans un récent document de travail intitulé *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*[278]. Nous y avons expliqué qu'il existe présentement plusieurs façons dont le ministère public peut mettre fin à une poursuite, et que les conséquences d'une telle mesure dépendent de la méthode choisie[279]. Nous y avons notamment recommandé « d'abolir le pouvoir d'arrêt des procédures conféré au procureur général [. . .] ainsi que tout pouvoir de retrait des accusations prévu par la common law[280] », pour que soit attribué à la place « au procureur général le pouvoir d'ordonner l'interruption temporaire ou définitive de la poursuite[281]. » Suivant les propositions faites dans le document de travail n° 62[282], la capacité du ministère public de poursuivre une personne qui ne s'est

---

275. Si les règles proposées ici ne s'appliquent pas spécifiquement à l'immunité conférée aux témoins de la défense, elles ne l'excluent pas pour autant. Voir *R.* c. *Chambers*, précité, note 101 ; Thomas D. DINACKUS, « Defense Witness Immunity in New York » (1985-1986), 71 *Cornell L.R.* 890.

276. Dans *R.* c. *Betesh*, précité, note 14, cause portant sur un cas inhabituel qui serait visé par notre définition, le ministère public s'était engagé à ne poursuivre aucun membre de certains syndicats de postiers, pour mettre fin à une grève. Concluant que la poursuite intentée en l'espèce constituait un abus de la procédure du tribunal, le juge Graburn, de la Cour de comté, a fait les observations suivantes (p. 238) : [TRADUCTION] « On pourrait fort bien s'interroger sur la sagesse dont ont fait preuve les autorités fédérales en s'engageant, pour mettre fin à une grève, à ne pas poursuivre les auteurs d'actes criminels commis au cours de celle-ci ; mais ce n'est pas sur la sagesse de cet engagement que la Cour est appelée à se prononcer. »

277. Voir CRD, *op. cit.*, note 1.

278. *Op. cit.*, note 15.

279. *Id.*, pp. 103-106.

280. *Id.*, rec. 34, p. 106.

281. *Ibid.*

282. Voir CRD, *op. cit.*, note 15, rec. 35-45, pp. 106-119.

pas conformée aux conditions établies dans une entente portant garantie d'immunité demeurerait fonction (d'une manière quelque peu différente qu'à l'heure actuelle) de la méthode retenue pour mettre fin à la poursuite[283].

II. Le pouvoir d'accorder l'immunité

RECOMMANDATION

2. Seuls le procureur général, le sous-procureur général, le directeur des poursuites pénales et leurs représentants respectifs devraient être habilités à conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité.

Commentaire

Cette recommandation désigne les personnes à qui il devrait être permis de donner une garantie d'immunité. Elle est indissociable de la recommandation 3, qui exige la prise en considération de l'intérêt public, et indique clairement qu'à nos yeux, c'est avant tout au procureur général que cette responsabilité incombe[284].

Nous avons toutefois tenu compte des propositions formulées dans le document de travail n° 62[285] au sujet de l'institution de la charge de directeur des poursuites pénales. Comme nous l'avons indiqué dans ce document, le titulaire de cette charge « dirigerait le ministère public et relèverait directement du procureur général[286] », il « jouirait de tous les pouvoirs conférés au procureur général en matière de droit criminel — notamment des pouvoirs qui lui sont conférés personnellement[287] — sans que ce dernier en soit pour autant privé[288]. » Nous avons ajouté que « [l]e procureur général aurait le pouvoir d'établir à l'intention du directeur des lignes directrices de nature générale et de lui donner des directives touchant une affaire en particulier[289] » et que, pour sa part, « [l]e directeur serait habilité à fournir aux procureurs de la Couronne des lignes directrices de nature générale ainsi que des directives touchant une affaire en particulier[290]. »

En vertu de cette recommandation et de celles contenues dans le document de travail n° 62, tant le procureur général que le directeur seraient habilités à donner des garanties d'immunité (comme en Angleterre[291]). Tous deux auraient également le pouvoir d'établir

283. Voir rec. 14, *infra*, p. 71.

284. Voir à ce propos E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, pp. 400-401.

285. *Op. cit.*, note 15.

286. *Id.*, rec. 1, p. 55.

287. *Id.*, rec. 9, p. 56.

288. *Ibid.*

289. *Id.*, rec. 7, p. 56.

290. *Id.*, rec. 8, p. 56.

291. On trouvera dans J. Ll. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 14, pp. 459-474, une étude des pouvoirs respectifs du Director of Public Prosecutions et du procureur général en cette matière.

des lignes directrices et des directives à ce chapitre ; ces lignes directrices devraient, pensons-nous, préciser notamment dans quels cas des ententes portant garantie d'immunité peuvent être conclues par les représentants du procureur général ou du directeur des poursuites pénales.

Nous reconnaissons que les ententes portant garantie d'immunité peuvent, en pratique, avoir leur origine dans des discussions entre des indicateurs et des agents de police, mais à notre sens les forces policières ne devraient pas être autorisées à conclure de leur propre chef des ententes portant garantie d'immunité[292]. Elles sont en effet dépourvues, selon nous, de la responsabilité politique essentielle à l'exercice de cette fonction ; c'est pourquoi il y aurait lieu de décourager également la pratique consistant à donner une garantie d'immunité « officieuse » (soit le fait pour la police de s'engager à s'abstenir de porter des accusations contre quelqu'un)[293]. Nous comprenons que les agents de police doivent jouir d'une latitude et d'un pouvoir discrétionnaire raisonnables dans l'exercice de leurs fonctions liées à l'application de la loi[294]. Comme l'a indiqué la Commission McDonald, par exemple, il devrait leur être permis de s'abstenir d'inculper certains délinquants lorsque cela risquerait de compromettre une enquête en cours sur des infractions plus graves ; dans de tels cas, une application sélective de la loi ne devrait pas être considérée comme un « abus de confiance[295] ». Mais la Commission McDonald a également exprimé l'avis que d'autres considérations devraient entrer en ligne de compte lorsque la police s'abstient simplement d'appliquer la loi pour continuer à recevoir des renseignements de la part d'un informateur[296].

RECOMMANDATION

3. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité devrait pouvoir être exercé lorsque, en raison de circonstances exceptionnelles, cela s'impose au regard de l'intérêt public et que les avantages l'emportent manifestement sur le coût social de cette mesure.

---

292. Voir, sur une question connexe, *Kirzner* c. *La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, où le juge en chef Laskin (s'exprimant en son propre nom et au nom des juges Spence, Dickson et Estey) déclare (p. 491) : « Ni le policier, ni l'agent provocateur, l'indicateur ou l'imposteur utilisé par la police ne bénéficient d'aucune immunité si, en encourageant une autre personne à commettre un crime, leur conduite est elle-même criminelle. Bien entendu, c'est le substitut du procureur général et, en dernier lieu, le procureur général qui décidera de les poursuivre en justice ». Voir aussi *R.* c. *Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230 (C.A.).

293. Voir, à ce sujet, Joseph GOLDSTEIN, « Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice » (1960), 69 *Yale L.J.* 543, 562-573. Les observations faites par un certain nombre des représentants de la police que nous avons consultés concordent du reste avec notre point de vue. Nous ne nous prononçons pas sur le point de savoir quelle serait la meilleure façon de faire en sorte que les policiers évitent de prendre de tels engagements d'une manière non officielle ; les sanctions disciplinaires nous paraissent cependant une solution à envisager.

294. Voir le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Information Canada, 1969 (président : R. Ouimet), pp. 47-49.

295. Voir COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, note 2, p. 326.

296. *Ibid.* Sur la question des pouvoirs discrétionnaires et de l'utilisation d'indicateurs par la police, voir Stanley A. COHEN, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, pp. 38-43.

Commentaire

Par cette recommandation, on reconnaît la légitimité des ententes portant garantie d'immunité conclues dans certaines circonstances, qui y sont définies. En premier lieu, ce pouvoir doit être utilisé avec modération ; l'intérêt public doit être pris en compte, et les mots « cela s'impose » indiquent sans équivoque que la conclusion d'une telle entente doit être *nécessaire*, et non simplement faciliter les choses[297]. Les raisons pour lesquelles une garantie d'immunité peut s'avérer nécessaire en raison de l'intérêt public sont nombreuses — il serait impossible de les énumérer dans le cadre de cette recommandation : favoriser l'exercice d'une poursuite donnée ; obtenir des renseignements sur certains crimes (par exemple, l'endroit où se trouvent des cadavres) afin de mettre fin à une pénible incertitude pour les proches de victimes ; obtenir des renseignements qui permettront de protéger le public ou certaines personnes contre un danger imminent ; faciliter le règlement d'un conflit de travail ou réprimer des troubles, etc. L'intérêt public doit bien sûr être distingué des avantages individuels[298] ; il ne coïncide toutefois pas nécessairement avec l'opinion publique, par nature fluctuante.

---

297. La nécessité comme l'intérêt public sont mentionnés dans le formulaire du ministère de la Justice des États-Unis dont la recommandation 3 est en bonne partie inspirée. Voir *infra*, note 304.

298. La jurisprudence relative aux contrats conclus pour l'obtention d'un avantage personnel est intéressante à ce chapitre. Voir par exemple l'arrêt *Morgan* c. *McFee* (1908), 14 C.C.C. 308 (H.C. Ont.), où la Cour a confirmé un jugement dans lequel le juge de première instance avait déclaré (p. 310) : [TRADUCTION] « [I]l est bien entendu contraire à l'ordre public que, dans les cas où une inculpation concerne l'intérêt public, la poursuite soit abandonnée par les parties ayant conclu une telle entente, et tout contrat fondé sur une telle entente est frappé de nullité absolue ». Voir aussi *Keir* c. *Leeman and Pearson* (1844), 6 Q.B. 308, 321, 115 E.R. 118, 124 (cité par le juge Walsh dans *Johnson* c. *Musselman* (1917), 37 D.L.R. 162, 164 (C.S.D.A. Alb.)), où le lord juge en chef Denman a déclaré que [TRADUCTION] « si l'infraction est de nature publique, aucune entente ne peut être valide si la contrepartie consiste dans le fait d'étouffer une poursuite relative à cette infraction ». Dans *Windhill Local Board of Health* c. *Vint* (1890), 45 Ch. D. 351, le lord juge Cotton a fait les observations suivantes (p. 363) :

> [TRADUCTION]
> La Cour ne reconnaîtra la légalité d'aucune entente ayant pour effet de soustraire au cours normal de la justice une poursuite se rapportant à un acte qui a causé un préjudice au public. Ce serait le cas si des personnes prenaient sur elles-mêmes de décider ce qu'il faut faire ; et cela ne devrait pas être laissé entre les mains de particuliers [. . .] mais être confié au cours normal de la justice, et aux juges, qui peuvent déterminer ce qui, en l'espèce, devrait être fait. Il va sans dire, je pense, qu'en l'espèce il peut ou non y avoir quelque préjudice pour le public ; mais vous enlevez au juge l'administration de la loi et l'objectif auquel elle répond, pour les confier à un particulier. À mon avis, cela est illégal.

De même, dans *Whitmore* c. *Farley* (1881), 45 L.T. 99, 101 le lord juge Lush déclarait :

> [TRADUCTION]
> La Cour ne donnera suite à aucune entente [. . .] en vertu de laquelle un poursuivant, en contrepartie d'un avantage personnel, a consenti à réduire ou à retirer une accusation de *felony*, pour le motif qu'une telle entente est illégale. Il est certain que la loi n'oblige pas une personne qui a subi quelque préjudice découlant d'un *felony* à poursuivre l'auteur du crime ; mais si elle a engagé des poursuites, elle a agi au nom du public et utilisé le nom de la Souveraine comme représentante du public et elle ne peut légalement s'engager à abandonner les procédures. La jurisprudence établit clairement que toute entente de cette nature conclue en contrepartie d'un avantage pour le poursuivant est illégale et que le tribunal ne peut y donner suite.

Voir également *Peoples' Bank of Halifax* c. *Johnson* (1892), 20 R.C.S. 541 ; *Johnson* c. *Musselman*, précité ; *Hawkes* c. *Waugh*, [1948] 3 D.L.R. 397 (C.S.D.A. N.-B.) ; toutes ces décisions sont citées dans G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1986, pp. 358-359.

Dans l'arrêt *Hendry* c. *Zimmerman*, [1948] 1 W.W.R. 385, 391 (C.A. Man.) (aussi cité par FRIDMAN, *op. cit.*, p. 358), le juge Coyne a déclaré : [TRADUCTION] « Une entente par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage qu'elle peut être contrainte de donner [. . .] a été conclue sans contrepartie ».

En second lieu, le critère établi dans la recommandation 3 exige que l'on reconnaisse clairement le coût social des ententes portant garantie d'immunité ; toute entente doit être clairement justifiable, indépendamment de ce coût. Plus un crime est grave, naturellement, plus il sera difficile de justifier que l'on accorde l'immunité à son auteur. Si, par exemple, on devait accorder l'immunité à une personne ayant commis un vol qualifié dans une banque, il faudrait que cela présente pour le public des avantages considérables, pour compenser l'inévitable atteinte au sens de la justice de la collectivité. L'aide fournie en contrepartie ne serait certes pas suffisante dans le cas où elle permettrait simplement de traduire en justice un petit délinquant ; par contre, il pourrait en aller autrement si, grâce à elle, on peut supprimer une menace contre la sécurité nationale.

Les recommandations 3 et 5 doivent être lues ensemble. Nous y voyons des lignes de conduite plutôt que des dispositions législatives. Le fait que le procureur général (ou son représentant) ne se conforme pas au critère énoncé à la recommandation 3 ou ne tient pas compte, dans son application, des circonstances énumérées à la recommandation 5, ne devrait pas en effet diminuer l'efficacité de la garantie[299].

RECOMMANDATION

4. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité ne devrait pas emporter celui de soustraire à l'avance à l'application de la loi une personne donnée ou un groupe de personnes donné.

Commentaire

À notre avis, une exemption soustrayant à l'avance certains groupes ou individus à l'application de lois valides équivaudrait à une usurpation des pouvoirs du Parlement. C'est ce qui explique la présence de cette recommandation, du reste conforme à la décision *R.* c. *Catagas*[300], dont il a été question dans ce document. Elle ne limiterait en aucune façon le pouvoir du procureur général, du sous-procureur général, du directeur des poursuites pénales et de leurs représentants respectifs[301] d'accorder l'immunité à des groupes pour des crimes déjà perpétrés. Elle ne porterait non plus aucunement atteinte au pouvoir du Parlement d'exempter par voie législative certaines personnes ou certaines catégories de personnes de l'application des lois.

---

299. Voir rec. 14, *infra*, p. 71.

300. Précitée, note 120.

301. Voir rec. 2, *supra*, p. 51.

III. Opportunité de la garantie d'immunité : les circonstances devant être prises en considération

RECOMMANDATION

5. Pour déterminer s'il y a lieu de conclure une entente portant garantie d'immunité, le ministère public devrait tenir compte des circonstances suivantes :

***a*) l'éventuelle existence d'autres indices tendant à confirmer la véracité du témoignage ou des renseignements qu'on espère obtenir[302] ;**

***b*) la gravité de tout crime au sujet duquel le témoignage, les renseignements ou toute autre forme d'aide ou de collaboration seront fournis[303] ;**

***c*) la gravité du ou des crimes visés par la garantie ;**

***d*) l'importance du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration devant être fournis[304] ;**

***e*) la possibilité d'obtenir ce témoignage, ces renseignements, cette aide ou cette collaboration de quelque autre façon[305] ;**

***f*) la gravité de la participation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité à tout crime auquel ont trait le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration[306], et le degré de culpabilité de cette personne comparativement à la culpabilité de toute personne dont la poursuite sera facilitée par le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration[307] ;**

***g*) les antécédents criminels de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;**

***h*) le nombre de garanties d'immunité déjà données à la personne à qui l'on entend garantir l'immunité, et les circonstances dans lesquelles elles ont été données[308] ;**

---

302. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *Evening Post* (25 octobre 1984), Wellington (N.-Z.), cité dans C.B. CATO, « Queen's Evidence in New Zealand: The Case of *R.* v. *McDonald*, [1984] N.Z.L.J. 398, 402. Voir aussi Richard L. THORNBURGH, « Reconciling Effective Federal Prosecution and the Fifth Amendment: "Criminal Coddling", "The New Torture" or "A Rational Accommodation"? » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 155, 158-159.

303. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302.

304. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302, 158 ; et d'un formulaire de 1978 du ministère de la Justice des États-Unis (formulaire OBD-111-A).

305. Cet alinéa s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

306. Cette disposition s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302, 158 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302.

307. Cette disposition s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

308. *Ibid.*

i) le fait que la protection du public serait ou non mieux assurée par l'obtention du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration recherchés, que par la condamnation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité[309] ;

j) la probabilité que la personne à qui l'on entend garantir l'immunité puisse être reconnue coupable du ou des crimes visés par la garantie, si cette immunité ne lui est pas accordée[310] ;

k) les intérêts des victimes ;

l) toute opposition manifestée par d'autres personnes, notamment les forces policières, quant à l'octroi de l'immunité à la personne à qui l'on entend la garantir, et les motifs de cette opposition[311].

Commentaire

On a repris ici un certain nombre de critères qui ont à l'occasion été formulés dans le but de revêtir d'un caractère rationnel la décision d'octroyer l'immunité à une personne. Ces critères ne sont pas pondérés (autrement dit, nous avons évité d'attribuer une plus grande importance aux uns par rapport aux autres) ; et ils n'indiquent pas à eux seuls dans quels cas l'immunité devrait être consentie ou refusée (nous n'avons pas voulu énoncer une formule mathématique, par exemple). Nous nous sommes abstenus d'établir des règles rigides à cet égard, malgré l'affirmation d'un principe général dans la recommandation 3.

L'alinéa *a*), comme les alinéas *b*) et *d*), concerne la valeur de la contrepartie que le ministère public doit recevoir. Un témoignage ou des renseignements, par exemple, ont moins de valeur pour la Couronne lorsqu'ils ne sont pas corroborés. Par ailleurs, le mot « indices » figurant à l'alinéa *a*) est un terme large, car nous ne voulions pas que seuls les témoignages soient visés.

L'alinéa *b*) énonce un critère essentiel à toute évaluation de la contrepartie que le ministère public devrait recevoir : la gravité de l'infraction dont la poursuite sera facilitée par la garantie d'immunité. (Dans notre esprit, le mot « gravité » doit permettre la prise en compte, non seulement de la peine susceptible d'être infligée pour l'infraction en cause, mais également des circonstances entourant sa perpétration.) Comme l'indique clairement la recommandation 3, le pouvoir d'accorder l'immunité devrait être exercé avec modération.

L'alinéa *c*) a trait à la contrepartie émanant du ministère public. Il exigerait qu'on apprécie la gravité de l'infraction pour laquelle l'immunité est demandée, et qu'elle soit mise dans la balance, par exemple, avec la gravité de l'infraction à laquelle se rapportent le témoignage, les renseignements, etc. Selon le professeur A.T.H. Smith, il ne devrait

---

309. Cet alinéa s'inspire d'une déclaration de sir Michael Havers, *H.C. Parliamentary Debates* (R.-U.), 6e sér., vol. 12, col. 12 (9 nov. 1981), citée par A.T.H. Smith, *loc. cit.*, note 12, 302.

310. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302.

311. Cet alinéa s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

en théorie y avoir aucune infraction criminelle pour laquelle l'immunité ne peut pas être accordée — à la condition que ceux qui donnent des garanties d'immunité en assument la responsabilité politique[312]. Nous sommes portés à être d'accord avec lui. Il est en effet arrivé, comme le professeur le souligne, que des personnes ayant bénéficié de l'immunité quant à leur participation à des infractions d'une gravité extrême aient contribué à faire condamner plusieurs autres grands criminels[313].

L'alinéa *d*) se passe d'explication. Comme l'alinéa *a*), il se rapporte à la contrepartie que le ministère public va recevoir.

L'alinéa *e*) exigerait la prise en considération d'autres solutions moins draconiennes que la garantie d'immunité. La plus évidente consisterait sans doute dans le recours à une autre personne pour obtenir les éléments de preuve souhaités (une personne qui n'exige rien en échange). Une autre solution pourrait être la conclusion d'une entente sur le plaidoyer ne comportant, de la part du ministère public, que des concessions ayant trait à la peine.

L'alinéa *f*) porte sur le choix de la personne à qui l'on garantit l'immunité. Lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction, par exemple, il est à notre sens rarement opportun (peut-être même ne l'est-il jamais) d'accorder l'immunité au plus coupable pour l'amener à témoigner contre ses complices[314]. Pas plus qu'il n'est habituellement souhaitable, à notre avis, de garantir l'immunité à l'un des complices pour la seule raison qu'il est le premier à avoir offert sa collaboration. Un juriste a fait valoir que cette méthode peut être justifiée lorsqu'il s'avère impossible d'établir quelque distinction que ce soit entre les complices en ce qui a trait au degré de culpabilité de chacun, mais que dans les autres cas, il faut, pour déterminer à qui il y a lieu (le cas échéant) d'octroyer l'immunité, étudier l'ensemble de la situation pour voir comment l'intérêt du public sera le mieux protégé[315]. Nous souscrivons à ce point de vue.

L'alinéa *g*) se rattache à l'alinéa *i*) et à la question de savoir à quel point il importerait de traduire devant les tribunaux l'individu à qui l'on se propose d'accorder l'immunité.

L'alinéa *h*) exigerait que l'on étudie les relations antérieures entre le ministère public et la personne qui souhaite obtenir une garantie d'immunité. En règle générale, une succession d'immunités et de récidives devrait être tenue pour une circonstance défavorable, car on pourrait en conclure que les garanties d'immunité ont fini par devenir (dans le cas de ce délinquant) un arrangement l'autorisant à commettre des infractions.

---

312. A.T.H. Smith, *loc. cit.*, note 12, 325. Nos recommandations visent notamment, du reste, à garantir l'existence de cette responsabilité politique. Voir par exemple rec. 2, *supra*, p. 51 et rec. 16, *infra*, p. 75.

313. A.T.H. Smith, *loc. cit.*, note 12, 325.

314. Voir Warren D. Wolfson, « Immunity — How It Works in Real Life » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 167, 178.

315. Voir William J. Bauer, « Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 143, 151, pour une discussion à ce sujet.

L'alinéa *i*) renvoie aux alinéas *c*) et *g*), ainsi qu'à la question de savoir à quoi le ministère public peut renoncer en donnant une garantie d'immunité dans un cas donné. Il est fondé sur un principe déjà étudié par la Commission dans ses travaux sur la procédure pénale, celui de la protection[316]. La « protection du public » est une notion certes un peu plus étroite que celle d'« intérêt public », mais elle y est sûrement reliée.

Il peut arriver que le délinquant qui demande une garantie d'immunité présente un danger pour la société mais que la protection du public soit déjà assurée. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'individu en question purge déjà une longue peine d'emprisonnement ou lorsque, ayant été inculpé d'un crime grave, il est détenu à l'étranger d'une manière préventive avant de subir son procès. Prenons par exemple une affaire récente, *R.* c. *Branco*[317]. L'accusé et un prétendu complice avaient été inculpés d'un certain nombre de délits graves après que deux hommes masqués eurent pénétré dans la demeure de la plaignante, l'aient agressée sexuellement et volée. Bien que l'accusé ait [TRADUCTION] « nié avoir pris part à l'une ou l'autre des infractions imputées[318] », le prétendu complice « a avoué sa participation et a témoigné à l'enquête préliminaire de [l'accusé][319] ». La Cour d'appel de l'Ontario a résumé les faits de la manière suivante. Le complice avait quitté le Canada avant le contre-interrogatoire et gagné la Californie, où il avait été inculpé de meurtre, de vol qualifié et de vol de voiture. Il avait consenti à témoigner à Los Angeles en vertu d'une commission rogatoire, après que le procureur de la Couronne se fut engagé à retirer les accusations qui pesaient contre lui au Canada. Aucune entente de cette nature n'avait été conclue avant son témoignage à l'enquête préliminaire, mais cet engagement avait été pris envers lui au sujet de la déposition faite en vertu de la commission rogatoire[320].

L'alinéa *j*), comme l'alinéa *c*), a trait à la valeur de la contrepartie émanant du ministère public. Lorsque la condamnation est de toute manière peu vraisemblable, cette valeur est moins grande que dans le cas contraire.

Suivant l'alinéa *k*), le ministère public devrait tenir compte des intérêts des victimes de l'infraction à l'égard de laquelle on entend garantir l'immunité à une personne, ainsi

316. Voir CRD, op. cit., note 59, p. 30, où ce principe est expliqué ; CRD, *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès*, Document de travail n° 57, Ottawa, la Commission, 1988, p. 31.

317. (1988) 62 C.R. (3e) 371.

318. *Id.*, 372 (j. Finlayson).

319. *Ibid.*

320. *Ibid.*

que des victimes de l'infraction dont cette garantie permettra de poursuivre plus efficacement les auteurs[321]. Évidemment, les intérêts des victimes ne correspondent pas nécessairement ; certaines peuvent tenir davantage que d'autres à la condamnation du coupable, ou au contraire à éviter l'épreuve d'un procès.

L'alinéa *l*), enfin, vise à garantir que l'on tienne dûment compte du point de vue des personnes que la décision intéresse à juste titre, lorsqu'il est possible de le connaître.

IV. Conduite à suivre en matière d'ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

6. (1) Devrait être interdite toute incitation condamnable faite au nom du ministère public dans le but d'encourager une personne à conclure une entente portant garantie d'immunité.

(2) L'expression « incitation condamnable » devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité d'une entente portant garantie d'immunité, les circonstances suivantes étant notamment visées :

***a*) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés[322] ;**

***b*) le dépôt de toute inculpation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé[323] ;**

***c*) le fait de menacer de porter une inculpation visée aux alinéas *a*) ou *b*)[324] ;**

***d*) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation est incompatible avec les fonctions de son auteur[325] ;**

***e*) la présentation inexacte d'un fait pertinent.**

---

321. Nous sommes portés, ici, à adopter le texte introductif et l'alinéa *a*) de la définition de « victime » figurant au paragraphe 735(1.4) du *Code criminel*, dont voici le libellé :

> (1.4) Pour l'application du présent article, la victime est
>
> *a*) la personne qui subit des pertes ou des dommages matériels ou moraux par suite de la perpétration d'une infraction.

322. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure* de l'AMERICAN LAW INSTITUTE, Philadelphie, the Institute, 1975, al. 350.3(3)*a*), p. 244.

323. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, *op. cit.*, note 322, al. 350.3(3)*b*), p. 245.

324. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, *op. cit.*, note 322, al. 350.3(3)*a*) et *b*), pp. 244-245.

325. Voir la définition des négociations sur le plaidoyer donnée par Stanley A. COHEN, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice*, Toronto, Carswell, 1977, p. 179.

Commentaire

Cette recommandation est semblable à certaines recommandations faites dans le document de travail de la Commission intitulé *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*[326]. On cherche ici à écarter les pratiques qui en soi ne sont pas équitables, ou qui risquent de compromettre la crédibilité d'un témoignage ou de renseignements fournis en raison d'une entente portant garantie d'immunité.

Dans le paragraphe (1), on vise à réduire les risques d'abus de pouvoir de la part des autorités. Les alinéas (2) *a*), *b*) et *c*) portent sur le dépôt d'inculpations abusives et sur les menaces faites à ce sujet.

L'alinéa (2)*d*), quant à lui, concerne notamment le recours à la violence, la menace d'y recourir, etc. Il vise également la corruption (il peut du reste s'avérer difficile de supprimer toute apparence de corruption lorsqu'on doit verser de l'argent au bénéficiaire de l'immunité pour l'aider à s'installer ailleurs, à changer d'identité, à subvenir à ses besoins, etc.). Suivant l'alinéa (2)*d*), le versement de fonds par une personne tenue de rendre compte de leur utilisation en conformité avec des lignes directrices établies ne serait pas « incompatible avec les fonctions [de cette personne] » ; en revanche, le versement de fonds personnels ou de fonds dont la provenance est illégitime le serait.

Les termes utilisés à l'alinéa (2)*d*) sont certes suffisamment larges pour viser les incitations faites par une personne qui présente sous un faux jour le pouvoir que la loi lui confère (par exemple, le procureur de la Couronne qui offrirait ou promettrait à une personne de lui accorder personnellement le pardon). Mais c'est l'alinéa (2)*e*), dont la formulation est encore plus large, qui vise d'une manière générale les supercheries.

RECOMMANDATION

7. (1) Lorsqu'une personne a retenu les services d'un avocat, toute discussion entre elle et le poursuivant sur une éventuelle garantie d'immunité devrait être interdite en l'absence de cet avocat.

(2) Le poursuivant avec qui une personne non représentée par avocat souhaite engager des discussions sur une éventuelle garantie d'immunité devrait informer cette personne de ce qui suit :

***a*) il pourrait être avantageux pour elle d'être représentée par avocat ;**

***b*) si elle n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, elle devrait vérifier si elle remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.**

---

326. *Op. cit.*, note 1, rec. 3 et 5, pp. 43-44, 48.

Par la suite, aucune discussion sur une éventuelle garantie d'immunité ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et cette personne, à moins que celle-ci n'ait informé sans équivoque le poursuivant qu'elle n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

Commentaire

Cette recommandation, similaire à une recommandation faite dans le document de travail de la Commission intitulé *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*[327], répond avant tout au principe de l'équité[328]. Il est préférable que les négociations relatives à l'immunité, comme les négociations sur le plaidoyer, se déroulent par l'entremise d'avocats[329].

Dans certains cas, semble-t-il, un indicateur potentiel peut souhaiter que son avocat ne soit pas mis au courant des discussions en cours sur une possible garantie d'immunité (parce qu'il craint pour sa sécurité, par exemple). Peut-être vaudrait-il mieux, dans une telle éventualité, qu'il renvoie son avocat. Mais on pourrait aussi faire valoir que l'indicateur (peut-être satisfait par ailleurs des services rendus par ce dernier) ne devrait pas être contraint à une telle mesure — qu'il devrait avoir le droit, en d'autres termes, de continuer à retenir ses services pour certaines fins et de ne pas le faire pour d'autres fins. Chose certaine, le procureur de la Couronne qui négocie avec une personne (surtout un accusé) à l'insu de l'avocat de celle-ci peut se trouver dans une situation délicate. Nous aimerions cependant que le lecteur nous fasse part de son opinion, quant à la question de savoir si cela devrait tout de même être permis dans certaines circonstances (par exemple, lorsque la personne a informé d'une manière non équivoque le poursuivant qu'elle ne souhaite pas la présence de son avocat).

RECOMMANDATION

8. Le poursuivant qui conclut avec une personne une entente portant garantie d'immunité devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées en temps opportun de cette entente et des motifs auxquels elle répond, à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances ou pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que le bénéficiaire de la garantie d'immunité ou une autre personne subisse un préjudice grave.

---

327. *Op. cit.*, note 1, rec. 7, p. 49.

328. M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 58, a exprimé l'avis que, si c'est au nom de l'équité que l'on peut le mieux justifier la présence d'un avocat lors des discussions sur l'immunité, d'aucuns estiment aussi que cette présence favorise l'efficacité, ce qu'il conteste pour sa part.

329. Voir *R.* c. *Mathias*, précité, note 215.

Commentaire

Cette recommandation, destinée à favoriser le respect du système de justice pénale, est semblable à une recommandation formulée dans le document de travail n° 60[330]. Elle énonce une règle générale, qui s'appliquerait « à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances » ou à moins que cela ne présente des risques.

En somme, cette recommandation régulariserait la pratique apparemment suivie dans l'affaire *Demers*[331]. L'accusé, dans cette cause, avait fait l'objet d'un certain nombre d'accusations à la suite d'un vol qualifié et un procureur de la Couronne avait déposé avoir probablement « entériné[332] » une entente portant garantie d'immunité conclue avec quelqu'un qui (pour reprendre les termes de la Cour d'appel du Québec) [TRADUCTION] « était impliqué dans le vol qualifié[333] » mais qui « avait fourni à la police des renseignements utiles contre [Demers][334] » (au sujet, semble-t-il, d'une accusation de meurtre dont Demers sera par la suite acquitté). Au cours de sa déposition, le procureur de la Couronne a déclaré qu'il avait discuté du cas de l'indicateur « avec la victime du vol qualifié là qui demandait des explications parce que il comprenait pas ». Il a poursuivi : « je lui ai expliqué le système et que, lorsqu'on avait des ententes, on les gardait[335]. »

V. La forme et le contenu des ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

9. (1) Toute entente portant garantie d'immunité et ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves dans les lignes directrices établies par le procureur général en vue de l'application des présentes règles, ou par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage, devrait obligatoirement être consignée ou enregistrée par un autre moyen, et comporter les renseignements suivants :

***a*) l'identité de la personne avec qui est conclue l'entente portant garantie d'immunité ;**

***b*) l'identité de la personne ou des personnes à qui l'immunité est garantie ;**

***c*) l'identité de la personne qui conclut l'entente au nom du procureur général ;**

***d*) les actes ou omissions à l'égard desquels l'immunité est garantie ;**

---

330. *Op. cit.*, note 1, rec. 11, p. 54.

331. Précitée, note 135.

332. *Id.*, 51.

333. *Ibid.* (j. Kaufman).

334. *Ibid.*

335. *Ibid.*

e) la forme que prendra l'immunité ;

f) la nature du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration fournis en contrepartie de la garantie d'immunité ;

g) les autres engagements éventuellement contractés par les parties, y compris des précisions sur tout versement d'argent devant être fait par le ministère public ;

h) ce qui sera tenu pour une violation de l'entente, et les conséquences d'une telle violation.

(2) Toute personne ayant conclu, avec le ministère public ou l'un de ses représentants, une entente portant garantie d'immunité qui a été consignée ou a été enregistrée par un autre moyen, devrait obligatoirement, sur-le-champ et contre récépissé, en recevoir un exemplaire[336].

Commentaire

Dans un bon nombre de causes où l'une des parties prétendait que l'autre ne s'était pas acquittée des obligations contractées dans l'entente portant garantie d'immunité, on constate que la chose est bien difficile à vérifier a posteriori, les termes de l'entente demeurant souvent confus. C'est la raison qui nous a incités à faire cette recommandation, qui témoigne du reste de l'attachement de la Commission aux principes de la clarté[337] et de l'efficacité[338].

Le paragraphe (1), il importe de le souligner, obligerait le procureur général à désigner les crimes dont la nature est suffisamment grave pour justifier l'enregistrement et la déclaration obligatoires de toute entente portant garantie d'immunité à leur égard[339]. (À notre avis, il serait manifestement inutile d'exiger que tout retrait d'une accusation de moindre gravité — découlant par exemple d'une entente portant à la fois sur le plaidoyer et sur l'immunité — soit enregistré et déclaré.) Par ailleurs, le procureur général serait tenu de définir dans quelles circonstances une série de crimes, qui ne sont peut-être pas très graves lorsqu'ils sont considérés isolément, serait tenue pour grave pour l'application des règles concernant l'enregistrement et la déclaration. Bien sûr, cela suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire considérable, mais ce problème se pose inévitablement lorsqu'on choisit la solution des lignes directrices.

En revanche, les dispositions du paragraphe (1) suivant lesquelles l'entente doit être consignée si elle prévoit un témoignage ne relèvent pas d'un pouvoir discrétionnaire. L'entente doit en effet être communiquée à l'accusé[340].

---

336. *Cf.* la proposition semblable faite par C.B. Cato, *loc. cit.*, note 302, 404.

337. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 27.

338. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 26.

339. Voir rec. 16, *infra*, p. 75.

340. Voir rec. 13, *infra*, p. 70.

L'alinéa (1)*a*) se passe d'explication.

À l'alinéa (1)*b*), on reconnaît la possibilité que l'immunité soit garantie à un tiers[341] ; nous pensons tout de même que, d'une manière générale, la personne avec qui le ministère public conclura l'entente sera celle à qui l'immunité est accordée.

L'alinéa (1)*c*) se passe d'explication.

L'alinéa (1)*d*) a trait à la portée de l'immunité garantie par l'entente. Lorsque le bénéficiaire doit témoigner en justice et recevoir l'immunité pour les infractions dont il fera état à l'occasion de cette déposition, on s'expose à des surprises si l'on ne définit pas d'une manière précise la portée de l'entente. Comme l'indiquait un juriste canadien, en effet, l'entente risquerait alors de permettre à cette personne, une fois à la barre des témoins, d'obtenir une immunité illimitée en dévoilant des infractions dont il n'avait pas été question lors de la conclusion de l'entente[342].

Nous sommes contre ce genre d'immunité générale, tout en reconnaissant que les parties peuvent avoir légitimement intérêt à rédiger une entente qui consente une très large immunité à un témoin à charge potentiel. Dans l'affaire australienne *Georgiadis*[343], portant sur des accusations découlant d'un coup de feu (*shooting incident*)[344], il s'agissait d'établir si un engagement, pris envers l'accusé avant qu'il témoigne à charge au procès d'un autre individu, avait été formulé en des termes assez larges pour lui garantir l'immunité à l'égard de toutes les infractions au sujet desquelles il pourrait témoigner à ce procès. Le procès auquel l'accusé avait témoigné portait notamment sur des accusations de complot pour l'importation d'héroïne, mais (nous citons le juge Ormiston) l'accusé avait été [TRADUCTION] « contre-interrogé de manière assez détaillée sur les faits ayant donné lieu aux accusations [celles touchant le coup de feu] et, au cours de ce procès, avait admis avoir tiré le [. . .] coup de feu[345] ». En contre-interrogatoire, il avait en outre [TRADUCTION] « prétendu que le coup de feu avait été tiré parce que [l'un des accusés] avait tenté de le faire tuer[346] ». Pour arriver à la conclusion que l'engagement assurait à l'accusé l'immunité contre toutes poursuites liées au coup de feu, le juge Ormiston a souligné qu'il est difficile pour la personne qui conclut une entente portant garantie d'immunité, d'une part de prévoir toutes les questions susceptibles d'être abordées au cours de son témoignage, et d'autre part de limiter à cette étape la portée du témoignage qu'il devra donner. Le juge a déclaré :

> [TRADUCTION]
> L'accusé a été obligé de témoigner et il n'était pas possible de prévoir avec précision la nature de ce témoignage ni l'orientation qu'il prendrait. En fait, l'avocat [de l'un des accusés au procès relatif à l'importation de stupéfiants] a jugé pertinent de le contre-interroger

341. Voir *R.* c. *Bulleyment* (1979), 46 C.C.C. (2e) 429, 445 (C.A. Ont.).

342. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 401.

343. Précitée, note 268.

344. *Id.*, 1031 (j. Ormiston).

345. *Ibid.*

346. *Ibid.*

sur le coup de feu. Il n'appartenait pas à l'accusé, à la barre des témoins, de distinguer ce qui était pertinent et ce qui ne l'était pas. Il pouvait à juste titre supposer que si on lui posait des questions et que personne ne s'y opposait, c'est que ces questions étaient pertinentes au regard des accusations dont il était alors question. Il ne connaissait pas l'orientation de la preuve et il était tenu de répondre[347].

L'alinéa (1)*e*) exige que soit précisée la façon dont l'immunité sera assurée : interruption[348] de poursuites déjà entamées, le cas échéant ; engagement d'interrompre au besoin les poursuites susceptibles d'être intentées, etc.

L'alinéa (1)*f*) a trait à la nature de la contrepartie offerte au ministère public ; il prévoit l'enregistrement de tous les renseignements dont on devra ultérieurement disposer pour être en mesure de déterminer si cette contrepartie a effectivement été reçue. On ne demande pas que l'entente précise en quoi devra consister le témoignage ; toutefois, comme la recommandation 11 énonce que l'entente doit exiger la véracité de celui-ci, l'enregistrement de la déclaration du témoin pourrait être utile dans le cas où des poursuites pour parjure seraient ultérieurement intentées.

L'alinéa (1)*g*) traite de promesses que l'on pourrait considérer comme « complémentaires », l'entente consistant fondamentalement dans une garantie d'immunité contre la collaboration de la personne à qui elle est donnée. Le ministère public pourra par exemple s'engager à assurer la protection du bénéficiaire de l'immunité ou des membres de sa famille, à l'aider à s'installer ailleurs (avec sa famille, le cas échéant), à lui permettre de changer d'identité[349] ou à lui fournir une aide matérielle. L'indicateur ou le témoin, pour sa part, pourra être tenu de s'engager à autre chose, par exemple à subir l'épreuve du détecteur de mensonge[350].

L'alinéa (1)*h*)[351] se passe d'explication.

Le paragraphe (2) repose essentiellement sur les principes de l'équité et de l'efficacité[352]. L'objectif poursuivi ici est notamment de conférer la plus grande valeur possible aux témoignages donnés par les personnes bénéficiant d'une garantie d'immunité. La cause *McDonald* c. *The Queen*[353] fait bien ressortir la raison d'être de cette recommandation. La police, dans une affaire de meurtre, avait promis à deux témoins qu'on

347. *Id.*, 1039.

348. Voir le commentaire de la rec. 1, *supra*, p. 50.

349. Cette disposition s'inspire des lignes directrices établies par l'Administration américaine à l'égard des ententes portant sur la collaboration et sur l'immunité.

350. Voir *United States* c. *Irvine*, 756 F. 2d 708 (9th Cir. 1985), étudié par M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 67.

351. Cette disposition s'inspire des lignes directrices établies par l'Administration américaine à l'égard des ententes portant sur la collaboration et sur l'immunité.

352. Le paragraphe (2) peut aussi répondre au principe de la responsabilité. On trouvera une étude de ce principe dans CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

353. Précitée, note 114.

n'intenterait pas de poursuites contre eux s'ils disaient la vérité au procès de l'accusé, et à la condition que la victime n'eût pas été abattue par eux. Aux promesses faites par la police avaient succédé des engagements du solliciteur général, qui ne supposaient pas expressément quant à eux que les témoins n'étaient pas les auteurs du meurtre. Mais ces engagements n'ont semble-t-il été montrés aux témoins que pendant leur déposition, ou juste avant[354]. Pour cette raison, l'avocat de l'accusé avait par la suite fait valoir que le juge de première instance n'avait pas dûment tenu compte de la possibilité que l'entente initiale conclue avec la police soit demeurée [TRADUCTION] « une constante incitation pour eux à déclarer faussement sous serment que McDonald avait tiré le coup fatal[355] ». La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a conclu que le jury avait reçu des directives adéquates en l'espèce, et cette conclusion n'a pas été contestée par le Conseil privé ; mais lord Diplock a clairement déclaré que, de l'avis de la commission, il fallait [TRADUCTION] « regretter qu'on n'ait pas montré aux [témoins] les engagements du solliciteur général avant leur déposition et qu'on n'ait pas obtenu un récépissé à ce sujet[356] », précisant que « l'on devrait procéder systématiquement de cette façon chaque fois qu'un conseiller juridique de la Couronne offre une telle immunité contre des poursuites à un complice[357] ».

RECOMMANDATION

10. Nulle entente portant garantie d'immunité ne devrait obliger qui que ce soit à accomplir un acte illégal, ni avoir trait à des crimes susceptibles d'être commis ultérieurement.

Commentaire

Cette recommandation ne pose aucun problème. Elle s'appliquerait même dans les cas où l'on estimerait nécessaire qu'un agent d'infiltration commette un certain crime[358]. Certes, le procureur général et ses représentants doivent conserver le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir d'intenter des poursuites lorsque cela irait à l'encontre de l'intérêt

354. Comme l'a déclaré par la suite lord Diplock (p. 199) : [TRADUCTION] « Il semble que l'engagement envers [l'un des témoins] ne lui ait effectivement pas été montré avant le voir-dire qui a eu lieu au début du procès devant le juge Pritchard, en l'absence du jury, au cours duquel on s'est opposé à l'admission de la déposition de [ces témoins] ; et que l'engagement envers [l'autre témoin] ne lui ait été montré qu'après le rejet de l'objection, alors qu'il était en train de déposer devant le jury. »

355. *McDonald* c. *The Queen*, précité, note 114, 201.

356. *Ibid.*

357. *Ibid.*

358. Les agents d'infiltration, par exemple, peuvent parfois juger nécessaire de commettre certaines actions (notamment des actes violents) pour se faire accepter dans un gang ou pour continuer d'en faire partie : voir COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, note 2, pp. 315-318. Certains moyens de défense peuvent dans certains cas être invoqués avec succès à l'égard de tels « crimes » apparents ; voir cependant COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, pp. 375-392.

public[359] ; mais il n'est à notre avis ni nécessaire ni souhaitable d'accorder à quiconque ce qui équivaudrait à une autorisation de se livrer à des activités criminelles — on se trouverait ainsi, inévitablement, à porter atteinte au principe de la primauté du droit[360].

Le fait d'interdire les garanties d'immunité portant sur des crimes futurs signifie notamment que le ministère public ne pourrait s'engager, dans une entente où la garantie d'immunité a pour contrepartie un témoignage, à s'abstenir de poursuivre le bénéficiaire de l'immunité pour parjure relativement à ce témoignage.

RECOMMANDATION

11. L'entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice devrait obligatoirement exiger la véracité du témoignage en question.

Commentaire

Cette recommandation repose en partie sur le principe de l'équité. Il nous semble indispensable d'exiger la véracité du témoignage, puisque l'État est tenu de veiller à l'équité des procès, de préserver l'intégrité du système de justice pénale et de faire respecter la primauté du droit.

La recommandation 11 est également fondée sur le principe de l'efficacité. La Commission a exprimé l'avis, dans *Notre procédure pénale*[361], que l'efficacité et la précision de la procédure sont dans une certaine mesure indissociables. Selon nous, il serait tout à fait contraire à l'efficacité de renoncer à la faculté de poursuivre une personne en échange d'un témoignage délibérément non conforme aux faits, ainsi que d'obtenir des déclarations de culpabilité fondées sur un tel témoignage.

L'inclusion d'une disposition exigeant la véracité du témoignage donné par le bénéficiaire de l'immunité s'accorde sans aucun doute avec le bon sens et l'usage. Son absence risquerait du reste de donner lieu à des situations embarrassantes. Dans l'arrêt *Turner*, le juge Lawton a reproché en ces termes à l'adjoint du Director of Public Prosecutions de s'être engagé à accorder l'immunité à une personne : [TRADUCTION] « Même s'il était implicite dans la lettre que les déclarations [du témoin] devaient être véridiques, il est extrêmement malheureux qu'on n'y fasse pas expressément état de la nécessité que [le témoin] dise la vérité[362] ».

---

359. Voir CRD, Document de travail n° 62, *op. cit.*, note 15, pp. 79-87, 113.

360. Voir COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, note 2, p. 569. Nous n'écartons pas toutefois la possibilité de modifications législatives qui soustraieraient à la responsabilité pénale certains agents d'infiltration dans des cas particuliers et clairement définis. Voir sur ce point, COMMISSION MCDONALD, *op. cit.*, pp. 569-572.

361. *Op. cit.*, note 59, p. 26.

362. Précité, note 145, 80.

RECOMMANDATION

12. (1) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité, s'engager à mettre fin à toute poursuite privée — quel qu'en soit le bien-fondé —, à l'exclusion des poursuites privées pour parjure[363] relatives au témoignage exigé en contrepartie.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice, s'engager à veiller à ce que toute éventuelle poursuite privée pour parjure intentée contre cette personne relativement à son témoignage fasse l'objet d'un contrôle indépendant, et à y mettre fin si ce contrôle révèle qu'elle est mal fondée et ne devrait pas être continuée.

Commentaire

L'efficacité de l'entente portant garantie d'immunité suppose parfois l'inclusion d'une protection contre les poursuites privées. Le paragraphe (1) permettrait, d'une manière générale, d'offrir une protection contre toute poursuite privée « quel qu'en soit le bien-fondé ». Comme la recommandation 11 exige l'inclusion, dans les ententes, d'une clause exigeant la véracité du témoignage qui y est visé, il serait cependant contradictoire de permettre que cette protection s'étende aux poursuites privées pour parjure reliées à ce témoignage. C'est pourquoi la protection contre de telles poursuites est traitée séparément au paragraphe (2).

Le paragraphe (2) tient à l'effet dissuasif que peut avoir la menace d'une poursuite privée pour parjure sur une personne dont le ministère public souhaite obtenir le témoignage. Nous croyons que ce dernier devrait avoir la possibilité de fournir le type de garantie visé au paragraphe (2), à la lumière de certaines décisions judiciaires dont il ressort que de telles poursuites peuvent être entamées par ceux-là mêmes contre qui le témoin à charge a déposé. Dans une affaire anglaise, par exemple — *Raymond* c. *Attorney-General*[364] —, l'un des accusés a intenté une poursuite privée pour parjure contre un individu qui, selon le tribunal, faisait partie des personnes [TRADUCTION] « impliquées dans les infractions reprochées aux accusés lors du procès[365] » mais dont « le rôle n'était pas [. . .] celui d'un

363. Par « parjure », on entend ici le crime visé par la recommandation 24(1) formulée dans CRD, *Pour une nouvelle codification du droit pénal : édition révisée et augmentée du rapport 30*, Rapport n° 31, Ottawa, la Commission, 1987, p. 126. Voici le texte en question : « Commet un crime quiconque fait une déclaration solennelle fausse au cours d'une procédure publique en vue d'en influencer l'issue. » Il est précisé à la recommandation 1(2) du rapport n° 31 (p. 13) que le terme « déclaration solennelle fausse » désigne « notamment celle qui contredit une déclaration solennelle antérieure faite par la même personne au cours d'une procédure publique ou prescrite par la loi. »

364. [1982] 1 Q.B. 839 (C.A.).

365. *Id.*, 843 (sir Sebag Shaw).

accusé mais bien d'un témoin à charge[366] ». Lorsque la poursuite privée a été engagée, le témoin avait déposé au cours des procédures de mise en accusation mais le procès lui-même n'avait pas commencé. L'accusé a fait valoir que le témoin [TRADUCTION] « s'était parjuré et avait commis d'autres actes criminels relativement aux faits ayant été l'objet des procédures de mise en accusation au cours desquelles [le témoin] avait témoigné pour la poursuite[367]. » Selon la Cour, cependant, l'un des buts poursuivis par M. Raymond en instituant des procédures pénales contre le témoin à cette étape était de le dissuader de jouer le rôle de témoin à charge, ou tout au moins de discréditer son témoignage[368]. Vu les circonstances, le Director of Public Prosecutions a pris en charge la poursuite privée entamée par l'accusé en s'abstenant de présenter quelque preuve[369], et le témoin a été libéré.

Le genre de contrôle envisagé au paragraphe (2) est évoqué dans un arrêt relativement récent de la Cour d'appel de la Saskatchewan, *Re Osiowy and The Queen*[370] (rien n'indique toutefois qu'une entente portant garantie d'immunité eût été conclue en l'espèce). Une personne avait, après avoir été déclarée coupable de l'infraction dont elle était accusée, engagé une poursuite privée pour parjure contre un témoin à charge, et le représentant du procureur général n'avait ordonné l'arrêt des procédures qu'après que le ministère de la Justice eut donné instruction à la GRC de faire enquête sur les allégations et eut reçu la réponse qu'une accusation de parjure était injustifiable[371].

Il faut souligner que les ententes portant garantie d'immunité ne doivent pas *obligatoirement* comporter la clause visée au paragraphe (2). Nous n'avons pas précisé, par ailleurs, quelle méthode doit être utilisée, le cas échéant, pour mettre fin à la poursuite privée une fois le contrôle effectué[372].

---

366. *Ibid.*

367. *Id.*, 844.

368. *Ibid.*

369. La Cour a fait observer ce qui suit (sir Sebag Shaw, p. 844) :

> [TRADUCTION]
> Le 16 juillet 1979, M. John Wooler, l'un des principaux membres du bureau du Director [of Public Prosecutions], s'est présenté devant la Magistrates' Court de St-Albans. Il a exposé les faits de l'affaire au juge et a expliqué qu'il était apparu, à la lumière des déclarations faites par M. Raymond lors de sa requête en assignation, que les allégations qu'il avait l'intention de faire contre [le témoin] avaient déjà été examinées au cours des procédures antérieures de mise en accusation. Il a informé ensuite la Cour que le Director était persuadé, pour un certain nombre de raisons, que les poursuites intentées par M. Raymond étaient vexatoires et destinées à discréditer [le témoin] en tant que témoin, et non à le traduire en justice à l'égard des allégations sur lesquelles les assignations étaient fondées. En résumé, l'intérêt public en général et les fins de la justice en particulier seraient desservis si les assignations étaient lancées. Par conséquent, comme M. Wooler en a informé la Cour, il n'a présenté aucune preuve contre [le témoin].

370. (1989) 50 C.C.C. (3e) 189.

371. *Id.*, 190.

372. Voir le commentaire relatif à la rec. 1, *supra*, p. 50, ainsi que la rec. 14(2), *infra*, p. 71.

VI. Conditions préalables au témoignage fourni par une personne jouissant de l'immunité

RECOMMANDATION

13. (1) Lorsque le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec une personne qu'il a l'intention d'assigner comme témoin, il devrait être tenu :

***a*) d'informer l'accusé de la teneur de l'entente, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense[373] » ;**

***b*) de fournir à l'accusé, ainsi que l'exigent nos propositions relatives à la communication de la preuve par la poursuite, une copie de toutes les déclarations faites par le témoin relativement aux questions sur lesquelles il sera appelé à témoigner[374] ;**

***c*) d'informer l'accusé, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense », de toutes les occasions où, à la connaissance du poursuivant, le témoin a obtenu une garantie d'immunité en échange d'un témoignage.**

(2) Le ministère public devrait pouvoir, avant de communiquer à l'accusé la teneur de l'entente, demander au tribunal de l'autoriser à en rendre inintelligibles certains éléments désignés, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

***a*) ces éléments ne sont pas essentiels pour que l'accusé soit en mesure de « présenter une pleine réponse et défense » ;**

***b*) leur communication constituerait un risque pour quelque personne.**

Commentaire

L'alinéa (1)*a*), fondé sur le principe de l'équité, est destiné à aider l'accusé à « présenter une pleine réponse et défense ». Comme l'entente devrait obligatoirement être communiquée à l'accusé en vertu de cette recommandation, et vu les dispositions de la recommandation 16 ayant trait à l'établissement de rapports annuels, il est inutile d'énoncer ici que les ententes portant garantie d'immunité doivent être communiquées au tribunal de manière distincte[375]. L'obligation énoncée à l'alinéa (1)*a*) permet de présumer que les parties elles-mêmes vont faire savoir que le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec un témoin à charge.

---

373. Les mots entre guillemets figurent au paragraphe 650(3) du *Code criminel*. (Une formule similaire est utilisée au paragraphe 802(1) du *Code criminel*.)

374. Cet alinéa s'inspire d'une proposition formulée par C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 404.

375. Voir CRD, *op. cit.*, note 1, rec. 12, p. 56.

Quant à l'alinéa (1)*b*), il vise lui aussi à aider l'accusé à vérifier la crédibilité du témoin bénéficiant de l'immunité[376]. Cette disposition doit s'interpréter à la lumière des propositions faites par la Commission au sujet de la communication des déclarations antérieures des témoins en général[377].

L'alinéa (1)*c*) se passe d'explication.

Au paragraphe (2), on reconnaît que les ententes peuvent à l'occasion renfermer certains détails non essentiels (relatifs, par exemple, à l'endroit où un témoin ou sa famille déménageront) dont la divulgation pourrait mettre en danger le témoin ou d'autres personnes. On a donc prévu un mécanisme (semblable à celui dont il était question dans le document de travail de la Commission consacré à la surveillance électronique[378]) qui permet aux tribunaux, sur demande, de rendre inintelligibles certains passages des ententes portant garantie d'immunité.

VII. Le respect des ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

14. [(1)] Lorsqu'une personne s'est acquittée dans une large mesure des obligations contractées en vertu des clauses valides d'une entente portant garantie d'immunité, toute poursuite ultérieure intentée en violation de cette entente devrait être tenue pour irrecevable, sauf dans les cas suivants :

***a*) le ministère public, pendant les discussions relatives à l'entente, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle ;**

***b*) le ministère public a été incité à conclure l'entente par des agissements constituant une entrave à la justice.**

[(2) Lorsque des poursuites peuvent être intentées contre une personne en vertu du paragraphe (1), ni le temps écoulé ni le fait qu'il a été mis fin à des procédures antérieures en conformité avec une entente portant garantie d'immunité ne devraient constituer un obstacle à de telles poursuites.]

---

376. C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 404.

377. Voir CRD, *La communication de la preuve par la poursuite*, Rapport n° 22, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984.

378. Voir CRD, *La surveillance électronique*, Document de travail n° 47, Ottawa, la Commission, 1986, rec. 50, p. 73. Voir aussi CRD, *L'accès du public et des médias au processus pénal*, Document de travail n° 56, Ottawa, la Commission, 1987, rec. 9(5) et (6), p. 67 et rec. 10(5) et (6), p. 71.

Commentaire

Le paragraphe (1) s'inspire d'une recommandation faite dans le document de travail de la Commission, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*[379]. Il énonce une règle fondamentale[380], fondée notamment sur le principe de l'équité[381]. Il nous semble en outre qu'en accordant au bénéficiaire de l'immunité une protection légale contre les poursuites contraires à l'entente, on sert la cause de la certitude du processus pénal[382]. Enfin, une telle règle favorise sans doute aussi l'efficacité. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire *McDonald*, en parlant des garanties d'immunité : [TRADUCTION] « l'importance d'un tel engagement par rapport au témoignage d'un complice tient à l'effet pratique qu'il aura, d'une part quant à la protection de ce complice, et d'autre part quant à la création chez lui d'un état d'esprit où, dans la mesure du possible, il perd toute crainte quant aux conséquences que pourrait comporter le fait de donner un témoignage qui l'incrimine, et sait qu'il n'a rien à gagner par un faux témoignage[383]. »

L'alinéa (1)*a*) aurait pour effet de libérer le ministère public de son obligation lorsqu'il a été induit en erreur sur une question essentielle. Le cas s'est présenté en Ontario dans la récente affaire *R.* c. *MacDonald*[384]. Il avait été convenu, notamment, qu'aucune accusation de meurtre ne serait portée contre l'appelant, mais qu'il serait accusé de complicité après le fait. L'appelant s'était quant à lui engagé à dire à la police ce qu'il savait au sujet de l'homicide faisant l'objet de l'enquête, et à témoigner dans le même sens à l'enquête préliminaire et au procès de la personne qui devait être inculpée de meurtre relativement à l'homicide. On devait lui donner la possibilité de s'inscrire à un programme lui permettant de s'établir ailleurs. L'appelant a effectivement fait une déclaration à la police, puis témoigné à l'enquête préliminaire ; mais lors de celle-ci, un autre témoin a donné une version différente des faits, en déclarant [TRADUCTION] « que l'appelant avait fait en sorte que [la personne inculpée de meurtre] tire sur la victime et savait qu'elle allait tirer lorsqu'ils ont conduit en voiture la victime [sur les lieux où le meurtre a été commis][385] ». Jugeant ce témoin [TRADUCTION] « beaucoup plus crédible que l'appelant[386] », le procureur de la Couronne a décidé de l'assigner à l'enquête préliminaire de l'accusé, et de demander que l'appelant soit également accusé de meurtre au premier

379. *Op. cit.*, note 1, rec. 22, p. 69.

380. Nous n'avons pas tenté d'embrasser ici tous les cas où le bénéficiaire de l'immunité ne s'est pas intégralement acquitté de ses obligations.

381. Même si nous n'avons pas formulé de recommandation spécifique à ce sujet, nous croyons que le respect du principe de l'équité suppose que, lorsque le ministère public a l'intention de mettre fin à une entente portant garantie d'immunité avant que le bénéficiaire ait fourni le témoignage, les renseignements, la collaboration, etc., un avis quelconque devrait être remis à ce dernier.

382. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 325-326, qui exprime une opinion similaire.

383. Précitée, note 106, p. 105. Voir C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 403.

384. (1990) 54 C.C.C. (3e) 97 (C.A. Ont.).

385. *Id.*, 103 (j. Zuber).

386. *Ibid.*

degré. Le juge de première instance, considérant comme un abus de la procédure du tribunal la requête présentée par l'appelant en vue de l'arrêt des procédures sur l'accusation de meurtre, l'a rejetée en disant que [TRADUCTION] « l'entente supposait de toute évidence que l'appelant dise la vérité, et il ne l'a pas fait[387] ». En outre, [TRADUCTION] « [c]'est ce manque de franchise de la part de l'appelant, de l'avis du juge de première instance, qui a entraîné la rupture de l'entente[388] ». Ce raisonnement a été sanctionné par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté le pourvoi de l'appelant quant à sa condamnation pour meurtre. À son avis, [TRADUCTION] « parce que la Couronne n'a pas obtenu de l'appelant la déclaration complète et véridique qu'elle avait négociée, elle n'était aucunement tenue de se conformer à [. . .] la clause de l'entente par laquelle elle s'engageait à n'inculper l'appelant que de complicité après le fait[389] ». Soulignant que dans le jugement rendu à la majorité par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Conway*[390] [TRADUCTION] « il est question de poursuites à ce point injustes et viciées que leur permettre de suivre leur cours "compromettrait l'intégrité du tribunal"[391] », la Cour a ajouté : [TRADUCTION] « L'intégrité du tribunal serait également compromise, dans un cas comme celui-ci, s'il fallait que la Couronne soit tenue de respecter une entente conclue à un moment où l'appelant n'était pas soupçonné de meurtre, alors que les faits ont par la suite mis au jour sa participation[392] ». À son avis, [TRADUCTION] « [e]xiger le respect de l'entente permettrait à l'appelant de profiter de ses déclarations incomplètes et non véridiques, ainsi que du marché qu'il avait conclu avec la Couronne avant que tous les faits soient connus[393] ». Tout en reconnaissant que [TRADUCTION] « la Couronne avait obtenu quelque chose de l'appelant (à savoir, sa déposition à l'enquête préliminaire [. . .]) et que l'appelant avait perdu son droit de se taire[394] », la Cour a estimé que l'appelant n'avait en fait subi aucun préjudice[395], aucune des déclarations qu'il avait faites à la police n'ayant été utilisée à son procès[396].

Suivant l'alinéa (1)*b*), le ministère public serait libéré de toute obligation lorsque l'entente a été conclue par suite de menaces, de corruption ou de toute collusion constituant une entrave à la justice.

Il n'est pas question au paragraphe (1) du respect des engagements qui complètent la garantie d'immunité en tant que telle. Comme ils sont tout à fait étrangers aux règles proposées dans le présent document, il serait préférable de traiter dans un autre cadre les conséquences que devrait avoir un manquement du ministère public à de tels engagements contractuels (ayant trait, par exemple, à la protection du témoin, à l'aide matérielle devant lui être fournie, à sa réinstallation).

---

387. *Id.*, 104.

388. *Ibid.*

389. *Id.*, 105.

390. [1989] 1 R.C.S. 1659.

391. *R.* c. *MacDonald*, précité, note 384, 106 (j. Zuber), qui citait l'arrêt *Conway*, précité, note 390, 1667.

392. *R.* c. *MacDonald*, précité, note 384, 106.

393. *Ibid.*

394. *Ibid.*

395. *Ibid.*

396. *Ibid.*

Le paragraphe (2), figurant entre crochets, n'est soumis qu'à titre de possibilité. Il vise à ce que les criminels ne puissent tirer parti d'agissements décrits aux alinéas (1)*a*) et *b*).

VIII. Irrecevabilité de certains éléments de preuve

RECOMMANDATION

15. Lorsqu'une poursuite est intentée contre une personne qui a conclu une entente portant garantie d'immunité ou a offert de fournir, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, un témoignage, des renseignements ou quelque autre forme d'aide ou de collaboration, les éléments de preuve suivants devraient être inadmissibles pour établir la culpabilité ou la crédibilité de cette personne :

***a*) l'entente ;**

***b*) l'offre ;**

***c*) les déclarations faites relativement à l'offre ou à l'entente.**

Commentaire

Cette recommandation, similaire à une recommandation formulée dans le document de travail n° 60[397], est destinée à faciliter les discussions relatives aux ententes portant garantie d'immunité. Elle offre une protection légèrement plus large que celle prévue par la règle touchant le caractère volontaire des déclarations. Cette protection s'appliquerait aux ententes portant garantie d'immunité, mais aussi aux offres et aux déclarations faites à leur sujet ou dans le but d'obtenir l'immunité. Elle ne s'étendrait pas, toutefois, aux éléments de preuve (preuves matérielles, par exemple) obtenus grâce à de telles déclarations — cette question sera traitée dans un document de travail, en préparation, consacré aux redressements.

La question de savoir à laquelle des parties est imputable la rupture de l'entente n'aurait aucune importance eu égard à l'application de la recommandation 15. En outre, celle-ci n'empêcherait pas l'accusé d'invoquer l'existence d'une entente portant garantie d'immunité afin de plaider l'irrecevabilité d'une poursuite.

397. *Op. cit.*, note 1, rec. 23, p. 70.

IX. Rapport annuel

RECOMMANDATION

16. (1) Le procureur général devrait être tenu de publier, annuellement, un rapport indiquant :

***a*) le nombre d'ententes portant garantie d'immunité conclues au cours de l'année, et consignées ou enregistrées par un autre moyen ;**

***b*) pour chacune de ces ententes :**

(i) les crimes pour lesquels l'immunité a été garantie ;

(ii) la nature générale de la collaboration devant être fournie en contrepartie de l'immunité ;

(iii) les accusations portées dans les poursuites où ont été utilisés le témoignage ou les renseignements fournis conformément à l'entente, et l'issue de ces poursuites ;

(iv) le montant de tous frais engagés relativement à l'entente.

(2) Lorsqu'un témoignage ou des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen sont utilisés dans une poursuite au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'indiquer, dans le rapport établi pour l'année où la poursuite s'est terminée, les accusations portées dans cette poursuite et l'issue de celle-ci.

(3) Lorsque des frais sont engagés, relativement à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen, au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'en déclarer le montant dans le rapport établi pour l'année où ils ont été engagés.

(4) Il ne devrait pas être obligatoire d'indiquer dans le rapport annuel, si cela constitue un danger pour un indicateur, les accusations portées dans une poursuite où des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité ont été utilisés, ni l'issue d'une telle poursuite.

Commentaire

Cette recommandation, qui reprend en gros les formalités énoncées à l'article 195 du *Code criminel* pour les demandes d'autorisation en matière de surveillance électronique, repose sur le principe de la responsabilité[398]. Si la plupart des ententes portant garantie d'immunité conclues avec des personnes devant témoigner dans des procès criminels seraient rendues publiques, étant donné la recommandation 13, ce ne serait pas le cas de celles où la contrepartie consiste, par exemple, dans la fourniture de renseignements.

Les renseignements exigés à l'alinéa (1)*a*) permettraient de savoir d'une manière générale dans quelle mesure on a recours aux ententes portant garantie d'immunité « ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves », ou conclues afin d'obtenir un témoignage[399]. Comme nous l'avons souligné, il n'existe pas à l'heure actuelle de données facilement accessibles en cette matière. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler qu'aux yeux de la Commission, les pouvoirs conférés pour l'octroi de l'immunité devraient être exercés avec modération.

L'alinéa (1)*b*) concerne la publication des faits objectifs les plus susceptibles d'intéresser le public. Il serait à notre avis inutile d'exiger que la justification de chaque entente au regard des circonstances énumérées à la recommandation 5 soit faite publiquement. Par contre, nous estimons nécessaire la publication des faits mentionnés à l'alinéa (1)*b*) — elle permettrait au moins de connaître, en gros, le coût et la valeur de chacune des ententes conclues.

Aux paragraphes (2) et (3), on a tenu compte du fait que l'exécution des obligations contractées dans les ententes portant garantie d'immunité peut être différée.

Le paragraphe (4) se passe d'explication[400].

---

398. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

399. Voir rec. 9, *supra*, p. 62.

400. Voir CRD, Document de travail n° 56, *op. cit.*, note 378, rec. 9(5) et (6), p. 67 et rec. 10(5) et (6), p. 71.

Sommaire des recommandations

1. L'expression « entente portant garantie d'immunité » devrait être définie comme toute entente suivant laquelle le ministère public s'engage, soit à s'abstenir de poursuivre une personne ou un groupe de personnes pour un ou plusieurs crimes, soit à mettre fin à des poursuites engagées contre elles, en contrepartie totale ou partielle d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration.

2. Seuls le procureur général, le sous-procureur général, le directeur des poursuites pénales et leurs représentants respectifs devraient être habilités à conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité.

3. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité devrait pouvoir être exercé lorsque, en raison de circonstances exceptionnelles, cela s'impose au regard de l'intérêt public et que les avantages l'emportent manifestement sur le coût social de cette mesure.

4. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité ne devrait pas emporter celui de soustraire à l'avance à l'application de la loi une personne donnée ou un groupe de personnes donné.

5. Pour déterminer s'il y a lieu de conclure une entente portant garantie d'immunité, le ministère public devrait tenir compte des circonstances suivantes :

***a*) l'éventuelle existence d'autres indices tendant à confirmer la véracité du témoignage ou des renseignements qu'on espère obtenir ;**

***b*) la gravité de tout crime au sujet duquel le témoignage, les renseignements ou toute autre forme d'aide ou de collaboration seront fournis ;**

***c*) la gravité du ou des crimes visés par la garantie ;**

***d*) l'importance du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration devant être fournis ;**

***e*) la possibilité d'obtenir ce témoignage, ces renseignements, cette aide ou cette collaboration de quelque autre façon ;**

f) la gravité de la participation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité à tout crime auquel ont trait le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration, et le degré de culpabilité de cette personne comparativement à la culpabilité de toute personne dont la poursuite sera facilitée par le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration ;

g) les antécédents criminels de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;

h) le nombre de garanties d'immunité déjà données à la personne à qui l'on entend garantir l'immunité, et les circonstances dans lesquelles elles ont été données ;

i) le fait que la protection du public serait ou non mieux assurée par l'obtention du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration recherchés, que par la condamnation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;

j) la probabilité que la personne à qui l'on entend garantir l'immunité puisse être reconnue coupable du ou des crimes visés par la garantie, si cette immunité ne lui est pas accordée ;

k) les intérêts des victimes ;

l) toute opposition manifestée par d'autres personnes, notamment les forces policières, quant à l'octroi de l'immunité à la personne à qui l'on entend la garantir, et les motifs de cette opposition.

6. (1) Devrait être interdite toute incitation condamnable faite au nom du ministère public dans le but d'encourager une personne à conclure une entente portant garantie d'immunité.

(2) L'expression « incitation condamnable » devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité d'une entente portant garantie d'immunité, les circonstances suivantes étant notamment visées :

a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés ;

b) le dépôt de toute inculpation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé ;

c) le fait de menacer de porter une inculpation visée aux alinéas *a*) ou *b*) ;

d) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation est incompatible avec les fonctions de son auteur ;

e) la présentation inexacte d'un fait pertinent.

7. (1) Lorsqu'une personne a retenu les services d'un avocat, toute discussion entre elle et le poursuivant sur une éventuelle garantie d'immunité devrait être interdite en l'absence de cet avocat.

(2) Le poursuivant avec qui une personne non représentée par avocat souhaite engager des discussions sur une éventuelle garantie d'immunité devrait informer cette personne de ce qui suit :

***a*) il pourrait être avantageux pour elle d'être représentée par avocat ;**

***b*) si elle n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, elle devrait vérifier si elle remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.**

Par la suite, aucune discussion sur une éventuelle garantie d'immunité ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et cette personne, à moins que celle-ci n'ait informé sans équivoque le poursuivant qu'elle n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

8. Le poursuivant qui conclut avec une personne une entente portant garantie d'immunité devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées en temps opportun de cette entente et des motifs auxquels elle répond, à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances ou pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que le bénéficiaire de la garantie d'immunité ou une autre personne subisse un préjudice grave.

9. (1) Toute entente portant garantie d'immunité et ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves dans les lignes directrices établies par le procureur général en vue de l'application des présentes règles, ou par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage, devrait obligatoirement être consignée ou enregistrée par un autre moyen, et comporter les renseignements suivants :

***a*) l'identité de la personne avec qui est conclue l'entente portant garantie d'immunité ;**

***b*) l'identité de la personne ou des personnes à qui l'immunité est garantie ;**

***c*) l'identité de la personne qui conclut l'entente au nom du procureur général ;**

***d*) les actes ou omissions à l'égard desquels l'immunité est garantie ;**

***e*) la forme que prendra l'immunité ;**

***f*) la nature du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration fournis en contrepartie de la garantie d'immunité ;**

***g*) les autres engagements éventuellement contractés par les parties, y compris des précisions sur tout versement d'argent devant être fait par le ministère public ;**

***h*) ce qui sera tenu pour une violation de l'entente, et les conséquences d'une telle violation.**

(2) Toute personne ayant conclu, avec le ministère public ou l'un de ses représentants, une entente portant garantie d'immunité qui a été consignée ou a été enregistrée par un autre moyen, devrait obligatoirement, sur-le-champ et contre récépissé, en recevoir un exemplaire.

10. Nulle entente portant garantie d'immunité ne devrait obliger qui que ce soit à accomplir un acte illégal, ni avoir trait à des crimes susceptibles d'être commis ultérieurement.

11. L'entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice devrait obligatoirement exiger la véracité du témoignage en question.

12. (1) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité, s'engager à mettre fin à toute poursuite privée — quel qu'en soit le bien-fondé —, à l'exclusion des poursuites privées pour parjure relatives au témoignage exigé en contrepartie.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice, s'engager à veiller à ce que toute éventuelle poursuite privée pour parjure intentée contre cette personne relativement à son témoignage fasse l'objet d'un contrôle indépendant, et à y mettre fin si ce contrôle révèle qu'elle est mal fondée et ne devrait pas être continuée.

13. (1) Lorsque le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec une personne qu'il a l'intention d'assigner comme témoin, il devrait être tenu :

a) d'informer l'accusé de la teneur de l'entente, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense » ;

b) de fournir à l'accusé, ainsi que l'exigent nos propositions relatives à la communication de la preuve par la poursuite, une copie de toutes les déclarations faites par le témoin relativement aux questions sur lesquelles il sera appelé à témoigner ;

c) d'informer l'accusé, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense », de toutes les occasions où, à la connaissance du poursuivant, le témoin a obtenu une garantie d'immunité en échange d'un témoignage.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, avant de communiquer à l'accusé la teneur de l'entente, demander au tribunal de l'autoriser à en rendre inintelligibles certains éléments désignés, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

a) ces éléments ne sont pas essentiels pour que l'accusé soit en mesure de « présenter une pleine réponse et défense » ;

b) leur communication constituerait un risque pour quelque personne.

14. [(1)] Lorsqu'une personne s'est acquittée dans une large mesure des obligations contractées en vertu des clauses valides d'une entente portant garantie d'immunité, toute poursuite ultérieure intentée en violation de cette entente devrait être tenue pour irrecevable, sauf dans les cas suivants :

***a*) le ministère public, pendant les discussions relatives à l'entente, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle ;**

***b*) le ministère public a été incité à conclure l'entente par des agissements constituant une entrave à la justice.**

[(2) Lorsque des poursuites peuvent être intentées contre une personne en vertu du paragraphe (1), ni le temps écoulé ni le fait qu'il a été mis fin à des procédures antérieures en conformité avec une entente portant garantie d'immunité ne devraient constituer un obstacle à de telles poursuites.]

15. Lorsqu'une poursuite est intentée contre une personne qui a conclu une entente portant garantie d'immunité ou a offert de fournir, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, un témoignage, des renseignements ou quelque autre forme d'aide ou de collaboration, les éléments de preuve suivants devraient être inadmissibles pour établir la culpabilité ou la crédibilité de cette personne :

***a*) l'entente ;**

***b*) l'offre ;**

***c*) les déclarations faites relativement à l'offre ou à l'entente.**

16. (1) Le procureur général devrait être tenu de publier, annuellement, un rapport indiquant :

***a*) le nombre d'ententes portant garantie d'immunité conclues au cours de l'année, et consignées ou enregistrées par un autre moyen ;**

***b*) pour chacune de ces ententes :**

(i) les crimes pour lesquels l'immunité a été garantie ;

(ii) la nature générale de la collaboration devant être fournie en contrepartie de l'immunité ;

(iii) les accusations portées dans les poursuites où ont été utilisés le témoignage ou les renseignements fournis conformément à l'entente, et l'issue de ces poursuites ;

(iv) le montant de tous frais engagés relativement à l'entente.

(2) Lorsqu'un témoignage ou des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen sont utilisés dans une poursuite au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'indiquer, dans le rapport établi pour l'année où la poursuite s'est terminée, les accusations portées dans cette poursuite et l'issue de celle-ci.

(3) Lorsque des frais sont engagés, relativement à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen, au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'en déclarer le montant dans le rapport établi pour l'année où ils ont été engagés.

(4) Il ne devrait pas être obligatoire d'indiquer dans le rapport annuel, si cela constitue un danger pour un indicateur, les accusations portées dans une poursuite où des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité ont été utilisés, ni l'issue d'une telle poursuite.